Die Übertragung der Handelsfirma, ihre Voraussetzungen und Wirkungen.

Inaugural-Dissertation
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen
zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Hans Prater
Studienrat und Diplom-Handelslehrer
aus Königstein a. d. Elbe

Approbiert am 23. Juli 1929

Buchdruckerei F. Karl Zschiesche, Wilkau Sa.
1929

Referent: Geh. Rat Univ.-Professor Dr. Sehling.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern
gewidmet

Inhalt.

GLIEDERUNG.

Einleitung:

Die Aufgabe, ihr Gegenstand und Umfang. 1

Erster Teil:

I. Die Firma, ihr Begriff und Wesen. 3
II. Die Bedeutung des Wortes „Handelsgeschäft". . . . 6
a) Drei Definitionstheorien 7
b) Einzeltheorien 8
c) Definition der herrschenden Lehre 9
d) Bestandteile des Handelsgeschäfts 9
e) Umfang des zu veräußernden Handelsgeschäftes . 10

Zweiter Teil:

Die Voraussetzungen der Übertragung der Handelsfirma. . 11
1. Übersicht 11
2. Der tatsächliche Bestand des Handelsgeschäftes als Voraussetzung 12
3. Der Erwerbsakt des Handelsgeschäftes als Voraussetzung 14
4. Die Fortführung des Handelsgeschäftes als weitere Voraussetzung 17
a) Der Umfang der Übertragung 17
b) Die Kontinuität des Handelsbetriebes 18
5. Die Vollkaufmannseigenschaft des früheren Inhabers als Voraussetzung 21
6. Die Einwilligung des bisherigen Inhabers in die Fortführung der Firma als Voraussetzung 25

Dritter Teil:

Die Wirkungen der Übertragung der Handelsfirma. . . 27
1. Übersicht 27
2. Die firmenrechtliche Wirkung als solche 28
3. Der Begriff der Geschäftsschulden und Geschäftsforderungen 30
4. Die auf Grund des § 25 HGB eintretenden Wirkungen: 32
a) gegenüber den Geschäftsgläubigern 32
aa) der Rechtsgrund der Haftung 32
bb) Die Art der Haftung 34
cc) Der Umfang der Haftung 36
b) gegenüber den Geschäftsschuldnern 38
5. Ein Sonderfall des Erwerbes eines Handelsgeschäftes unter Lebenden: der Erwerb im Konkurse . . . 40
6. Prozessuale Wirkungen beim Erwerbe eines Handelsgeschäftes 43

Literaturverzeichnis.

Adamsohn: Die Rechtsstellung dessen, der ein Handelsgeschäft unter Lebenden erwirbt, hinsichtlich der im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Inaug.-Dissertation Leipzig 1903.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch. Teil I. Leipzig 1901.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts 9. Aufl. Stuttgart 1922.

Düringer: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

Hachenburg: 2. Aufl. 1. Band, Mannheim 1908.

Ehrenberg: Handbuch des Handelsrechts, II. Band, I. Abt. 1914.

Frangenheim: Die Fortführung der Firma beim Erwerb eines bestehenden Handelsgeschäfts unter Lebenden. Inaug.-Diss. Pretzsch 1910.

Fürst: Die Fortführung der Firma bei dem Erwerbe eines bestehenden Handelsgeschäfts. Diss. Straßburg 1897.

v. Gierke: Handelsrecht 1926.

Goldmann: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 1. Band; Berlin 1901.

Haferkorn: Über die Schuldenhaftung des neuen Firmeninhabers. Inaug.-Diss. Borna-Leipzig 1906.

Krische: Voraussetzungen und Wirkungen der Firmenfortführung bei Einzelkaufleuten unter Lebenden. Inaug.-Diss. Borna-Leipzig 1910.

Krug: Der Übergang von Geschäftsforderungen und Geschäftsschulden bei Übergang eines Handelsgeschäfts unter Lebenden und von Todeswegen. Inaug.-Diss. Gotha 1903.

Lehmann, Karl: Lehrbuch des Handelsrechts, 3. Aufl. herausgegeben von H. Hoeniger, I. 1921.

Lehmann & Ring: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl., 1. Band Berlin 1914.

Lehmann, Hans: Der Erwerb eines Firmengeschäfts. Inaug.-Diss. Borna-Leipzig 1908.

Pisko: Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs Wien 1907.

Rive: Die Fortführung der Firma. Inaug.-Dissertation Münster 1910.

Schreiber, Max: Der Erwerb der Firma unter Lebenden. Inaug.-Diss. Borna-Leipzig 1903.

Schreiber, Otto, Georg: Die Übertragung der Firma. Inaug.-Diss. Borna-Leipzig 1908.

Sehling: Deutsches Handelsrecht 1924.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch 10. Aufl., 1. Band; Berlin und Leipzig 1920.

Staudinger: Kommentar, II. Band I. Teil.

Wustrau: Die rechtliche Bedeutung des § 25 HGB, unter besonderer Berücksichtigung des Geschäftserwerbes mit der Firma. Inaug.-Diss. Berlin 1909.

Abkürzungen.

ADHGB = Das bis zum 1. Januar 1900 geltende Allgemeine Deutsche Handels-Gesetz-Buch.

BGB = Bürgerliches Gesetzbuch.

HGB = Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

OLG = Oberlandesgericht.

KO = Konkursordnung.

ZPO = Zivilprozeßordnung.

RG = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548605_0050

Die Übertragung der Handelsfirma, ihre Voraussetzungen und Wirkungen.

EINLEITUNG.

Die Aufgabe, ihr Gegenstand und Umfang.

In der wie oben gestellten Form findet das Thema seine Basis in den §§ 22—28 des HGB. Der bei der Behandlung genannter Paragraphen auftauchende Fragenkomplex ist indessen sehr groß.

Der Verfasser glaubt, der ihm gestellten Aufgabe gerecht zu werden, wenn er zunächst den ganzen in den vorgenannten Paragraphen enthaltenen Fragenkomplex aufrollt und dann die Fragen herausschneidet, die noch als genügend breite Grundlage für die vorliegende Arbeit angesprochen werden können.

Ein Handelsgeschäft kann wohl ohne Firma, nicht aber diese ohne jenes übertragen werden. Die Firma geht vielmehr unter, wenn sie nicht mit dem Geschäfte übertragen wird.

Wenn also der § 23 HGB bestimmt: „Die Firma kann nicht ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, veräußert werden", so hat damit das HGB die Möglichkeit der Fortfirmierung wohl anerkannt, es hat jedoch der kaufmännischen Praxis nicht eingeräumt, die Firma als selbständiges Verkehrsgut zu behandeln.

Aus dieser Legaldefinition ergibt sich, daß die Übertragung der Handelsfirma zu identifizieren ist mit der Übertragung eines Handelsgeschäftes unter Fortführung der Firma und zwar eines solchen Handelsgeschäftes mit Firma, eines Firmengeschäftes. Unter Hinblick auf den das Prinzip der Firmenwahrheit begründenden § 18 HGB kommt weiterhin die Übertragung einer Handelsfirma gleich dem Erwerbe eines *bereits bestehenden* Firmengeschäftes.

Mit den Voraussetzungen und Wirkungen des Erwerbes eines Firmengeschäftes, also bezw. mit der Frage der Fortführung der alten Firma durch den neuen Geschäftsinhaber soll sich vorstehende Arbeit befassen.

Am weitesten außerhalb des Rahmens der Aufgabe steht der Fall der Fortführung der Firma bei Namensänderung des Geschäftsinhabers (§ 21 HGB). Er kann auch schon seiner Einfachheit halber ausgelassen werden.

Hinsichtlich des Wechsels der Inhaberschaft eines Handelsgeschäftes ergeben sich zunächst zwei Fälle. Entweder es ist der Wechsel der Inhaberschaft ein vollständiger (§ 22 HGB) oder ein nur teilweiser (§§ 24 und 28 HGB). Fälle letzterer Art, bei denen z. B. jemand in ein bestehendes Handelsgeschäft als Gesellschafter aufgenommen wird oder ein neuer Gesellschafter in ein Handelsgeschäft eintritt (§ 24 HGB), sollen aus der Behandlung ausscheiden.

Für den ersten Fall, den vollständigen Wechsel der Inhaberschaft betreffend (§ 22 HGB), ergeben sich hinwieder 4 verschiedene Möglichkeiten:

1.) Ein Einzelkaufmann überträgt das Geschäft auf einen Einzelkaufmann.
2.) Ein Einzelkaufmann überträgt das Geschäft auf eine Handelsgesellschaft.
3.) Eine Handelsgesellschaft überträgt das Geschäft auf einen Einzelkaufmann.
4.) Eine Handelsgesellschaft überträgt das Geschäft auf eine andere Handelsgesellschaft.

Von diesen 4 Möglichkeiten sollen die letzten 3 unberücksichtigt bleiben.

Der erste Fall ist der in der kaufmännischen Praxis am häufigsten vorkommende. Die auf ihn treffenden Grundsätze sind ohne Schwierigkeiten auch auf die anderen 3 Fälle anwendbar und er soll deshalb gewissermaßen als Normalfall dieser Arbeit zugrunde gelegt werden. Hierbei soll jedoch nicht unerwähnt bleiben, daß allerdings bei dem Übergang von und auf Gesellschaften einige Besonderheiten gelten, besondere Regelungen, die sich mit der Frage der Möglichkeit der Täuschung durch eine Fortführung der alten Firma befassen[1]).

Aus den gleichen Argumenten soll diese Untersuchung auf den Fall beschränkt bleiben, daß die Übertragung des Handelsgeschäftes durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden erfolgt; denn die Grundsätze, die beim Erwerb unter Lebenden Anwendung finden, sind nach § 27 HGB in analoger Weise

[1]) Näheres hierzu s. Staub 10. Aufl., § 22, Anm. 12, S. 157.

auch auf den Fall des Erwerbes von Todes wegen zutreffend. Es ist also der erste Fall grundlegender Natur.

Die materiellen Fragen, die bei dem Erwerb eines Geschäftes auftauchen, jedoch durch das Gesetz nicht stipuliert sind, so insbesondere die Wirkungen der Übertragung unter den Parteien selbst, sollen hier nicht behandelt werden.

Nach dieser Ausschälung verbleibt als Kern der Aufgabe der Zweck, die Voraussetzungen, sowohl als auch die Wirkungen der Übertragung der alten Firma eines Einzelkaufmannes auf einen anderen Einzelkaufmann im Falle der Rechtsnachfolge unter Lebenden einer näheren Erörterung zu unterziehen.

Aus der Art, wie das Thema gestellt wurde, ergibt sich zwanglos der weitere Aufbau der Arbeit. Sie zerfällt in zwei große Abschnitte: (2. und 3. Teil der Arbeit) im ersten soll behandelt werden die Voraussetzungen, im zweiten die Wirkungen der Übertragung der Handelsfirma zum Zwecke ihrer Fortführung.

Es erscheint jedoch tunlich, vor Eintritt in den Hauptteil der Arbeit sich Klarheit zu verschaffen über den Begriff und das Wesen der Firma, sowie über das Objekt des Erwerbes, das Handelsgeschäft selbst.

Erster Teil.

I. Die Firma, ihr Begriff und Wesen.

Die Bestimmung des Begriffes „Firma" ergibt sich aus dem § 17, Abs. 1 des HGB. In diesem ist gesagt: „Die Firma eines Kaufmanns ist der Name, unter dem er im Handel sein Geschäft betreibt und die Unterschrift abgibt".

Aus der grammatischen Interpretation dieser gesetzlichen Bestimmung ergibt sich die Tatsache, daß die Firma der Name des *Kaufmanns* ist.

Diese Definition ist eindeutig. Wie jeder andere bürgerliche Name, so ist auch dieser Name des Kaufmanns kein selbständiges Rechtssubjekt[1]), kein Vermögensrecht, vielmehr ein Persönlichkeitsbegriff. Diese Definition wird allgemein vertreten durch die neuere Lehrmeinung[2]), die sich damit in

[1]) Schling, Deutsches Handelsrecht, I. Teil, 2. Abschn.

[2]) Lehmann & Ring: 2. Aufl., Seite 96: L. & R. stützen ihre Ansicht auf die Reichsgerichtsentscheidung in Band IX, Seite 106.

den Widerspruch zu einer älteren setzt, nach der die Firma der Name des *Geschäftes* im Gegensatz zu dem des Inhabers sein soll, und die ihre Ansicht in erster Linie herleitet aus dem Umstande der Übertragbarkeit der Firma. Wäre die Firma eines Kaufmanns tatsächlich *sein* Handelsname, so folgert die ältere Meinung, so müßte denkrichtig eine Übertragung der Firma auf einen Rechtsnachfolger, wie sie Art. 22 ADHGB gestatte, ebenso ungesetzlich sein, wie die Übertragung des gewöhnlichen bürgerlichen Namens auf einen Dritten.

Art. 23 ADHGB: „Die Veräußerung einer Firma als solcher abgesondert von dem Handelsgeschäfte, für das sie bisher geführt wurde, ist nicht zulässig" erhärte den Standpunkt, daß die Firma der Name des Geschäftes und nicht der des Kaufmanns sei.

Rive[1]) führt insbesondere Endemann & Mommsen als Vertreter dieser älteren Meinung auf.

Sich gegen die Schärfe der Extremisten[2]) wendend, die in übertriebenem Maße die Eigenschaft der Firma als Persönlichkeit hervorheben, nimmt Lehmann[3]) einen vermittelnden Standpunkt ein.

Er weist darauf hin, in wie enger Beziehung doch Firma und Geschäft zueinander stehen und wie leicht verschiebbar die Grenze zwischen Persönlichkeitsrecht und Vermögensrecht sei. Er beruft sich dabei auf Binder[4]), der auch m. E. mit Recht die Firma ein Zwitterprodukt zwischen Persönlichkeits- und Vermögensrecht nennt, das sich vielleicht einmal zum reinen Vermögensrechte ausgestalten werde.

Im Anschluß an § 17 besagt § 18 HGB: „Ein Kaufmann, der sein Geschäft ohne Gesellschafter oder nur mit einem stillen Gesellschafter betreibt, hat seinen Firmennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen als Firma zu führen".

Mit diesem Paragraphen ist, wie bereits eingangs erwähnt, das Prinzip der Firmenwahrheit festgelegt. Man hat diesen Grundsatz aufgestellt im Interesse der Öffentlichkeit mit dem Zwecke, diese vor Täuschung zu bewahren. Bei strenger

[1]) C. Rive: Die Fortführung der Firma. Diss. Heidelberg 1910.

[2]) Fürst: Die Fortführung der Firma bei dem Erwerb eines bestehenden Handelsgeschäftes. Diss. Straßburg 1897.

[3]) Hans Lehmann: Der Erwerb eines Firmengeschäftes. Diss. Leipzig 1908.

[4]) Binder: Die Rechtsstellung der Erben nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch v. Dr. Julius Binder; Teil I. Leipzig 1901.

Durchführung dieses Grundsatzes der Firmenwahrheit würden jedoch in vielen Fällen die Interessen des Publikums den Interessen des Handelsstandes in schädigender Weise entgegenstehen. Die Interessen des Handelsstandes an der Fortfirmierung einer bestehenden Firma im Falle des Übergangs können verschieden geartet sein. Argumente sind wohl größtenteils die Vermeidung der unausbleiblichen geschäftlichen Störungen bei Änderung der Firma, zuweilen mögen auch vermögensrechtliche Interessen eine Rolle spielen.

Aus einer Abwägung der sich entgegenstehenden Interessen, nicht aus dem Wesen der Firma heraus, sondern lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen hat der Gesetzgeber sich zur Durchbrechung des Grundsatzes der Firmenwahrheit genötigt gesehen.

§ 22 Satz 1 HGB lautet: „Wer ein bestehendes Handelsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen erwirbt, darf für das Geschäft die bisherige Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma ausdrücklich willigen".

Eine Entscheidung über die Zweckmäßigkeit der Durchbrechung des Prinzips der Firmenwahrheit muß hier dahingestellt bleiben. Indessen sei hier darauf hingewiesen, daß verschiedentlich der Standpunkt vertreten wurde, es könnten durch Verbindung der alten Firma und des Namens des neuen Inhabers des Handelsgeschäftes unter irgendwelchem Hinweis auf das Nachfolgeverhältnis zu einer neuen Firma auch die sich entgegenstehenden Interessen der Öffentlichkeit und des Handelsstandes nähergebracht werden. Man berief sich dabei auf die Gesetzgebungen anderer Staaten (Schweiz, Frankreich, Spanien), die eine Übertragbarkeit der Firma analog unserem § 22 HGB nicht kennen.[1])

Wenn schon hinsichtlich der Auffassung von dem Wesen der Firma die vorstehenden Ausführungen sich einem vermittelnden Standpunkt zwischen der Firma als Persönlichkeitsbegriff einerseits und Vermögensrecht andererseits zuneigten, so kann man sich des weiteren doch nicht der Erkenntnis verschließen, daß auch mit dem Erfordernisse der ausdrücklichen Einwilligung des alten Inhabers in die Firmen-

[1]) Hans Lehmann: Der Erwerb eines Firmengeschäftes. Diss Leipzig 1908; Otto Georg Schreiber: Die Übertragung der Firma. Diss. Leipzig 1908; Max Schreiber: Der Erwerb der Firma unter Lebenden. Diss. Leipzig 1903.

fortführung das Gesetz in der Firma das Wesen des Persönlichkeitsrechtes als im Vordergrund stehend sieht. Das Verhältnis zwischen dem die alte Firma übernehmenden neuen Inhaber des Handelsgeschäftes und seinem alten Inhaber findet sein Analogon in dem Adoptionsvertrag des BGB. Auf Grund eines solchen Vertrages erhält der an Kindes Statt Angenommene den Namen des Annehmenden:

1.) wenn gewisse gesetzliche Vorschriften erfüllt sind;
2.) auf Grund einer gesetzlichen Verpflichtung für den Angenommenen[1]).

Entsprechend ist die Übertragung der Firma gesetzlich ermöglicht:

1.) wenn den vom Gesetz geforderten Voraussetzungen genügt ist;
2.) wenn die ausdrückliche Einwilligung des Veräußerers in die Fortführung der Firma vorliegt.

Das Unterschiedliche des Punktes 2 wird in dem Falle aufgehoben, wo eine Verpflichtung zur Fortführung der Firma vertraglich festgelegt wird[2]).

II. Die Bedeutung des Wortes „Handelsgeschäft".

Der § 25 HGB spricht von einem „Handelsgeschäft" und es entsteht somit die Frage, was unter einem „Handelsgeschäft", insbesondere im Sinne des § 25 HGB zu verstehen ist.

Noch ein anderer, § 343 HGB, bedient sich des Wortes „Handelsgeschäft". Er versteht darunter ein einzelnes, nach Handelsrecht zu beurteilendes Rechtsgeschäft. Da es sich jedoch bei der Übertragung eines Handelsgeschäftes um etwas Tatsächliches, einen konkreten Begriff handeln muß, scheidet dieser Fall aus dem Rahmen unserer Betrachtungen aus.

Im übrigen gibt weder das ADHGB noch das HGB vom 10. 5. 1897 eine Definition des Wortes „Handelsgeschäft".

Nach Art. 23 ADHGB war die Lage insofern erschwert, als sich in dieser Bestimmung eine positive Vorschrift über den Übergang oder Nichtübergang der Geschäftsforderungen und Geschäftsschulden nicht befand und man aus einer weiteren

[1]) § 1758 BGB.
[2]) s. Staub I, 10. Aufl., Anm. 9 zu § 22, S. 155.

oder engeren Bedeutung des Wortes „Handelsgeschäft" diesbezügliche Schlüsse ziehen zu können glaubte.

Man untersuchte, was der Gesetzgeber in Art. 23 ADHGB unter „Handelsgeschäft" verstanden wissen wollte und versuchte daraus eine Vorschrift über den Übergang zu konstruieren. So ist es erklärlich, daß in der älteren Literatur ein lebhafter Streit über diese Frage zu verfolgen ist.

Klarer ist die Sachlage geworden durch Einführung des § 25 in das neue HGB. In diesem § 25 ist der Übergang oder Nichtübergang der Geschäftsforderungen und Geschäftsschulden positiv geregelt worden. Der Streit um die Frage der Bedeutung des Wortes „Handelsgeschäft" ist somit für diese Arbeit bedeutungslos. Immerhin machte es sich erforderlich, um den Entscheid für eine zweckdienliche Definition des Begriffes „Handelsgeschäft" treffen zu können, die Diskussion nach der historischen Entwicklung zu verfolgen und es sei nicht verfehlt, diesen Verfolg in einer knappen Darstellung wiederzugeben.

a) Es sind deutlich erkennbar 3 Theorien[1]):

1.) In der älteren Literatur die Theorie, nach der dem Handelsgeschäft die Eigenschaften eines Rechtssubjektes zugesprochen werden mit der Maßgabe, daß Handelsgeschäft mit Handelsvermögen zu identifizieren sei. Diese Theorie wird jetzt nirgends mehr vertreten[2]).

2.) Neben dieser Theorie diejenige neuere, welche ohne dem Geschäft die Eigenschaften eines Rechtssubjektes zuzusprechen, immerhin noch behauptet, es sei Vermögen, d. h. im „Handelsgeschäft" den Begriff aller mit dem Betrieb eines Handelsgeschäftes in Beziehung stehenden Aktiva und Passiva sieht. Namhaftester Vertreter dieser Ansicht ist Behrend[3]).

3.) Die Theorie, die als entgegengesetzte Ansicht sich gegen die Identifizierung von Handelsgeschäft mit Handelsvermögen wendet und unter dem Handelsgeschäft kein rechtliches, sondern ein rein tatsächliches Verhältnis versteht.

Als namhaftester Vertreter dieser Theorie gilt Binder[4]), der den Begriff Handelsgeschäft als: „Gelegenheit und Ver-

[1]) Mit dieser Frage befaßt sich sehr eingehend Lehmann. Der Erwerb eines Firmengeschäftes. Diss. Leipzig 1908.

[2]) Als Vertreter dieser Theorie fungieren Endemann & Mommsen s. oben.

[3]) Behrend: Lehrbuch des Handelsrecht 1886.

[4]) Binder: Die Rechtsstellung der Erben nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I Leipzig 1901.

anstaltung zum Zwecke des kaufmännischen Gewerbetriebes" definiert.

b) Auch nach den Quellen, die dem Verfasser zur Verfügung standen, ist eine Einheitlichkeit in der Auffassung vom Wesen des Handelsgeschäftes nicht aufzuweisen; ein Mangel, der solange bestehen wird, als der Gesetzgeber auf eine Definition des Wortes „Handelsgeschäft" verzichtet. Fraglos trifft der Gesetzgeber diesen Verzicht zugunsten der Praxis, um auf diese keinen Zwang auszuüben.

Schling[1]) gibt über den Begriff „Handelsgeschäft" folgende Definition: „Handelsgeschäft, Geschäft, Handelsgewerbe, Handlung nennt man die gewerbliche Tätigkeit eines Kaufmanns in ihrer Gesamtheit und die aus dieser Tätigkeit sich ergebenden rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen." In einem engeren Sinne versteht er darunter „die durch die gewerbliche Tätigkeit zusammengehaltenen Vermögenswerte".

Cosack[2]) definiert: „Unter dem Geschäft eines Kaufmanns verstehen wir die äußere Einrichtung seines Gewerbebetriebes". Wenn der Genannte im weiteren davon spricht, daß diese Einrichtung die verschiedensten Merkmale aufweisen, zu diesen Merkmalen u. a. auch ein bestimmtes dem Betriebe zur Verfügung gestelltes Vermögen gehören könne, so ist in dieser Auslegung eine bedeutsame Einengung des Begriffes „Handelsgeschäft" erfolgt.

Ähnlich versteht Staub[3]) (siehe auch nachstehend „herrschende Lehre") unter dem Handelsgeschäft den Inbegriff alles dessen, was zum Betriebe des konkreten Handelsgeschäftes gehört.

Pisko[4]) sagt: „Das Unternehmen bildet eine den Erfolg einer Erwerbstätigkeit sichernde oder fördernde Organisation der Produktionsmittel oder gesicherte Absatzgelegenheit, die der Gewerbetreibende entweder durch eigene Arbeit oder durch Überlassung an einen Dritten zum Zwecke der Förderung seiner gleichartigen Erwerbstätigkeit verwerten kann".

Lehmann & Ring[5]) sehen als weiteste Bedeutung des Handelsgeschäftes das Handelsvermögen an, d. h. „die Gesamtheit

[1]) Sehling: Deutsches Handelsrecht. I. Teil, 2. Abschn.

[2]) Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts, 9. Aufl. § 16, S. 45.

[3]) Staub: I, 10. Aufl., Anm. 4 zu § 22, Seite 151.

[4]) Pisko: Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehres, Wien 1907.

[5]) Lehmann & Ring: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich: erläutert v. Carl Lehmann u. V. Ring, Berlin 1914.

der durch den Betrieb eines Handelsgeschäftes vereinigten Vermögensbestandteile und Beziehungen vom Vermögenswert".

Hierher gehören m. E. auch gewisse Beziehungen, die sich nicht in Zahlen ausdrücken lassen, wohl aber Vermögenswerte darstellen, wie z.B. das Renommee, die Kundschaft, der Kredit.

Dagegen sagen die Genannten: „Handelsgeschäft im engsten Sinne sind diejenigen Vermögenswerte, durch die der Fortbetrieb eines Handelsgeschäftes gewährleistet wird".

c) Die herrschende Lehre in Deutschland, der sich die Praxis der Gerichte, insbesondere des obersten Gerichtshofes, des Reichsgerichtes, angeschlossen hat, erblickt im „Handelsgeschäft" den Inbegriff alles dessen, was zum Betrieb dieses Handelsgewerbes gehört[1]) oder wie das Kammergericht (OLG 4 S. 146) es ausdrückt, den in diesem Betrieb steckenden Vermögenswert ausmacht. Die herrschende Lehre versteht sonach unter dem Handelsgeschäft den Inbegriff der durch den Betrieb eines konkreten Handelsgewerbes zu einem Ganzen verbundenen Vermögenswerte und stimmt damit im wesentlichen mit der Bedeutung überein, die die volks- und privatwirtschaftliche Betrachtung dem kaufmännischen Unternehmen beigelegt haben.

Wie aus den differenzierten Anschauungen ersichtlich, ist also der Begriff Handelsgeschäft durchaus kein feststehender, vielmehr bewegt er sich zwischen Extremen. Diese Bewegung ist insofern erklärlich, als ja in der Tat ein Handelsgeschäft einer dauernden Veränderung durch Zu- und Abgang einzelner Vermögensteile unterworfen ist.

d) Das Handelsgeschäft als ein wirtschaftlicher Komplex umfaßt die verschiedenartigen Bestandteile, die zu einer einheitlichen Zweckbestimmung, nämlich der Erreichung eines gemeinschaftlichen wirtschaftlichen Erfolges zusammengefaßt sind.

Als *Aktiva* gelten die körperlichen Gegenstände, „welche die Zweckverwendung haben, den konkreten Handelsbetrieb durchzuführen"[2]) (Räume, Maschinen, Vorräte, Barmittel, Wertpapiere u.s.w.) und die unkörperlichen Gegenstände, d. h. die mit dem Handelsgewerbe in Beziehung stehenden Rechte (Forderungen, Nießbrauch, Patentrechte, Ansprüche aus Werk-

[1]) RG 3. Band, S. 220.
[2]) Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 3. Aufl. I. Seite 79.

und Mietverträgen u.s.w.). Endlich umfassen die Aktiva tatsächliche Beziehungen von Vermögenswert (Fabrikationsgeheimnisse, Kenntnis von Bezugs- und Absatzquellen, Chancen).

Als *Passiva* gelten die Geschäftsschulden, d. h. die im Geschäftsbetriebe entstandenen Schulden. Hierunter fallen auch außerkontraktliche Verbindlichkeiten, wenn sie nur ihre Grundlage im Geschäftsbetriebe haben.

e) Welchen Umfang aber muß nun ein zu veräußerndes Handelsgeschäft haben, um den gesetzlichen Bestimmungen des § 25 HGB zu entsprechen?

Um diese Fragen beantworten zu können, ist zunächst zu erkennen, daß der Zweck der Veräußerung eines Handelsgeschäftes in der Übernahme der Tätigkeit zu suchen ist. Es ist also bei der Bestimmung unseres Begriffes die Hauptbedeutung auf die Tätigkeit des Betriebes zu legen und wir kommen damit zu der Bedeutung des Handelsgeschäftes als „Betrieb des Handelsgewerbes".

Ein toter Vermögenskomplex aber ist noch kein Betrieb; er wird vielmehr erst zum Betrieb eines Handelsgewerbes, indem zu den Vermögenswerten deren Verwendung im Sinne einer handelsgewerblichen Tätigkeit tritt.

Ist eine solche Verwendung noch nicht eingetreten, bezw. hat sie bereits wieder aufgehört, so liegt kein Handelsgeschäft im Sinne des § 25 HGB vor, wobei allerdings einschränkend gesagt sein muß, daß die Störung eines Handelsbetriebes durchaus nicht notwendigerweise sein Aufhören bedingen muß.

Andererseits haben wir gesehen, daß der Vermögenskomplex eines Handelsgeschäftes keine fest zu umgrenzende Einheit aufweist. Es kann vielmehr dieser Komplex um Vermögensbestandteile vermehrt oder — welcher Fall hier interessiert — verringert werden. Dies ergibt sich deutlich aus dem Inhalte des § 25 HGB. Danach ist der Übergang eines Handelsgeschäftes nicht zu identifizieren mit dem Eintritte des Erwerbers in die Geschäftsschulden bezw. Geschäftsforderungen. Denn einmal fallen die Geschäftsschulden aus dem Rahmen des Vermögenskomplexes aus, nämlich dann, wenn der Erwerber das Geschäft *ohne* Firma weiterführt, zum anderen aber setzt der Eintritt des Erwerbes in die Geschäftsforderungen eine *besondere* Vertragsbestimmung unter den Parteien voraus.

Staub[1]) spricht zwar hinsichtlich des § 22 HGB von einem Vollerwerb. Er führt aber dann weiter aus wie folgt: „Doch muß ein Erwerb des Geschäftes im großen und ganzen vorliegen, nicht gerade in seiner Gesamtheit, sondern so, daß *die* Bestandteile des Handelsvermögens übergehen, welche *die Fortführung des Handelsbetriebes ermöglichen*".

Aus dieser Erklärung geht deutlich zweierlei hervor:

1.) Tatsächlich ist der Begriff „Handelsgeschäft" mit dem Betriebe des Handelsgewerbes zu identifizieren. Denn die Firma hängt am Handelsbetriebe und geht unter, sofern sich der Betrieb wesentlich ändert. So hört das alte Handelsgeschäft mit Firma auf zu bestehen, wenn beispielsweise der Betrieb einer Zigarettenfabrik in den einer Weingroßhandlung umgeändert wird.

2.) Bei der Übertragung eines Handelsgeschäftes steht im Mittelpunkt die Ermöglichung der Fortführung des Handelsbetriebes. Eine Übertragung allein des Handelsvermögens dürfte aber in den weitaus meisten Fällen eine Fortführung nicht ermöglichen.

Wie groß jedoch der Komplex der zu übertragenden Vermögensbestandteile sein muß, ist einzig und allein Tatfrage. Sein Umfang wird bestimmt durch den Grundsatz, daß bei der Übertragung eines Handelsgeschäftes die „Kontinuität des Handelsbetriebes" gewahrt bleiben muß. Dem Wesen der Kontinuität entspricht es, daß, wie bereits erwähnt, das Handelsgeschäft eine Betriebsverwendung bereits erfahren haben muß und in gleicher Weise noch weiter erfahren wird.

Zweiter Teil.

Die Voraussetzungen der Übertragung der Handelsfirma.

I. Übersicht.

Die §§ 22 und 23 HGB enthalten Bestimmungen über die Voraussetzungen der Firmenübertragung. Anschließend spricht sich dann § 25 HGB über deren Wirkungen aus, sich dabei auf die Geschäftsschulden und Geschäftsforderungen beschränkend.

[1]) Staub: 10. Auflage, § 22, Anm. 6, Seite 152.

Aus dem Inhalte genannter gesetzlicher Bestimmungen, sowie auf Grund des Inhaltes des 1. Teiles dieser Arbeit ergeben sich nun zwanglos die Voraussetzungen für die Übertragung einer Handelsfirma.

Als erste Voraussetzung erfordert das HGB ein *bestehendes* Handelsgeschäft. Zum Zwecke der Übertragung muß notwendigerweise ein Erwerbsakt vorliegen; es bedarf also eines gültigen Veräußerungsvertrages. Im Anschluß an die Übertragung des Handelsgeschäftes ist dessen Fortführung weitere Voraussetzung für die Fortfirmierung. Bei der Übertragung des Handelsgeschäftes hinwieder treten die Fragen über den Umfang der Übertragung und die Wahrung der Kontinuität des Handelsbetriebes auf. Da es sich bei allen diesen Erörterungen nur um Firmengeschäfte handeln kann, liegt eine weitere Voraussetzung in der Person des Geschäftsveräußerers. Den Kreis der Voraussetzungen schließt dann die erforderliche Einwilligung des bisherigen Inhabers in der Fortführung der Firma.

2. Der tatsächliche Bestand des Handelsgeschäftes als Voraussetzung.

Über den Begriff des Handelsgeschäftes ist bereits im 1. Teil, Abschn. II, gesprochen worden. § 22 HGB erfordert nun den Erwerb eines *bestehenden* Firmengeschäftes, während in Übereinstimmung damit § 23 HGB dieselbe Vorschrift in negativer Weise wiedergibt, indem er sagt, daß die Firma nicht ohne das Handelsgeschäft, für welche sie geführt wird, veräußert werden darf.

Auch § 23 HGB verlangt, daß das erworbene Handelsgeschäft vor dem Erwerbe bereits bestanden hat und zur Zeit des Erwerbes noch besteht bezw. daß es im Falle der Mitveräußerung der Firma unter dieser Firma bereits betrieben worden ist. Daß das Handelsgeschäft bei der Übertragung *bereits* und *noch* bestehen muß, ergibt sich auch ohne weiteres aus der Absicht und dem Zwecke des Gesetzgebers: Wahrung des Interesses des Handelsstandes an der Erhaltung und Stärkung des Rufes und Kredites alter Firmen.

Durch den § 22 HGB hat der Gesetzgeber das Prinzip der Firmenwahrheit durchbrochen, indem er die Übertragung der

Firma zugleich mit dem Handelsgeschäft, für das sie geführt wird, gestattet.

Um aber zu vermeiden, daß der bürgerliche Name zum Gegenstande eines unlauteren Wettbewerbes gemacht wird, untersagt eben der bereits zitierte § 23 HGB die Veräußerung der Firma ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird.

Unlauterer Wettbewerb würde beispielsweise vorliegen, wenn der Veräußerer einen Komplex von Waren und Geschäftsinventar lediglich zu dem Zwecke angeschafft hat, um dann diesen Komplex mit seinem Namen als Firma weiterzuveräußern, ohne jemals ein Handelsgewerbe betrieben zu haben. Solche Umgehungen des Gesetzes sind sehr oft ausgeführt worden[1]); sie laufen alle hinaus auf eine unzulässige Abtretung des persönlichen Namens zum Zwecke einer vermögensrechtlichen Ausbeutung.

§ 23 HGB richtet sich aber auch gegen die Umkehrung, bei der ein Firmeninhaber ein von ihm tatsächlich betriebenes Handelsgeschäft völlig aufgibt, jedoch einige Vermögensbestandteile des Geschäftes mit der Firma auf einen Erwerber überträgt. Auch hier würde eine unzulässige Umgehung des Gesetzes vorliegen. Ungültig würde die Übertragung der Firma selbst dann noch sein, wenn der Betrieb des Geschäftes eine gänzliche Änderung erfahren würde, z. B. bei einer Umstellung einer Pianofortefabrik auf ein Geschäft des Nahrungsmittelhandels. Dies ergibt sich denkrichtig aus der bereits dargelegten Identifizierung des Begriffes Handelsgeschäft mit Gewerbebetrieb.

Indessen darf das Erfordernis des Bestehens nicht zu eng gefaßt werden. „Hat nämlich der Veräußerer das Handelsgewerbe betrieben, so hört das Geschäft nicht unmittelbar mit dem Aufhören des Gewerbebetriebes zu bestehen auf. Das Geschäft besteht vielmehr so lange, als die zu dessen Fortführung geeigneten Vermögensstücke und Bezeichnungen noch vorhanden sind, selbst wenn der Inhaber zeitweilig aufgehört hat, diese weiter zu pflegen. Erst wenn die Grundlagen des Geschäftes zerstört sind, kann man sagen: das Geschäft bestehe nicht mehr[2])."

---

[1]) Staub: 10. Aufl., § 22, Anm. 3, S. 151: Der Fall der Firma Johann Maria Farina.

[2]) Staub: 10. Auflage, § 22, Anm. 3, S. 151.

Schon die Tatsache, daß § 22 HGB auch den Erwerb eines Geschäftes mit Firma von Todes wegen zuläßt, richtet sich gegen die Annahme des Aufhörens eines Gewerbebetriebes, wenn — wie es doch natürlich ist — der Gewerbebetrieb des Erblassers für kürzere oder längere Zeit unterbrochen ist. Fraglos kann also die Firma bis zur Beendigung der Liquidation nach wie vor übertragen werden[1]).

Der Grundsatz, daß erst mit der Zerstörung seiner Grundlage ein Geschäft zu bestehen aufhöre, gilt auch für das im Konkurs befindliche Geschäft.

So kann auch während des Konkurses ein Handelsgeschäft mit Firma übertragen werden. Ganz zweifellos ist die Übertragung statthaft, wenn der Wille vorliegt, das Geschäft nach Eröffnung des Konkurses fortzusetzen. Eine positive Reglung hat diese Frage gefunden in den §§ 32, 144 und 307 HGB, auf Grund deren Inhalt die Fortführung eines Handelsgeschäftes nach Aufhebung des Konkurses statthaft ist[2]).

Im übrigen wird es in der kaufmännischen Praxis wohl in den meisten Fällen eine Tatfrage sein, von welchem Zeitpunkte an ein Handelsgeschäft aufhört zu bestehen.

3. Der Erwerbsakt des Handelsgeschäftes als Voraussetzung.

Das HGB macht einen deutlichen Unterschied zwischen dem Erwerb eines Handelsgeschäftes unter Lebenden und von Todes wegen. Letzteren Fall regelt § 27 HGB. Da die Grundsätze, die beim Erwerb unter Lebenden Anwendung finden, in analoger Weise auch auf den Fall von Todes wegen zutreffen, sollen — wie bereits eingangs erwähnt — die Erörterungen auf den ersteren Fall beschränkt bleiben, und zwar auch nur auf den im § 22 HGB behandelten Vollerwerb.

Grundlage für das Zustandekommen der Erwerbung eines Handelsgeschäftes unter Lebenden ist der Abschluß eines Vertrages, wobei unter Beachtung des § 22 HGB immer die Voraussetzung erfüllt sein muß, daß die eine Partei das Geschäft aufgibt und die andere es weiterführt.

Da das Handelsgeschäft kein körperlicher Gegenstand, vielmehr — wie bereits dargetan — einen Komplex von Ver-

[1]) Staub: 10. Auflage, § 22, Anm. 5, S. 151.

[2]) Staub: am gleichen Orte, S. 152; Lehmann-Ring: § 22, Anm. 4, S. 116.

mögensgegenständen und Vermögensrechten darstellt, kann der die Übertragung vollziehende Erwerbsakt kein einheitlicher sein. Zwar betrifft der auf den Erwerb gerichtete Vertrag jeden einzelnen der zu dem Komplex des Handelsgeschäftes gehörenden Rechtsgegenstände. Er muß aber je nach deren Beschaffenheit in verschiedene einzelne, besonders geartete dingliche Verträge zerfallen, auf Grund deren die in dem obligatorischem Vertrage entstehenden Forderungsrechte durch Übereignung erfüllt werden.

Der dingliche Vertrag aber, durch den die auf Grund des obligatorischen Vertrages begründete Verpflichtung zur Übergabe des Handelsgeschäftes zur Erfüllung gelangt, wird durch die Übertragung der einzelnen, zu dem Handelsgeschäfte gehörenden Gegenstände vollzogen.

Nach Cosack[1]) gestaltet sich der Übergang des Geschäftes von einem Vor- auf den Nachmann — wenn von dem Falle einer bloßen Verpachtung abgesehen wird — folgender Gestalt:

1.) Geschäftsgrundstücke muß der Vormann dem Nachmann einzeln auflassen (§§ 925 ff BGB).

2.) Fahrnissachen des Geschäftes muß er ihm durch Übergabe oder Besitzüberweisung übereignen (§§ 929 ff BGB).

3.) Geschäftsforderungen muß er ihm im allgemeinen vertraglich abtreten (§§ 398 ff BGB). Hier greift nun aber eine Sonderregel ein, die eine derartige Abtretung in weitem Umfange entbehrlich macht (§ 25 HGB).

4.) Geschäftskunden muß der Vormann dem Nachmann durch Bekanntmachung des Geschäftsüberganges zuführen.

5.) Geschäftsgeheimnisse muß der Vormann dem Nachmann derart mitteilen, daß dieser sie in dem Geschäft zu verwerten in der Lage ist.

6.) Geschäftsschulden endlich hat der Vormann auf den Nachmann überhaupt nicht zu übertragen. Vielmehr ist es Sache des Nachmanns selbst, den Eintritt in sie herbeizuführen, sei es in Erfüllung einer gegenüber dem Vormann eingegangenen Verbindlichkeit, sei es aus freien Stücken.

Die Rechtsform des Vertrages zeigt verschiedene Gestalt. Sie kann bestehen in Kauf, Tausch, Schenkung, Vergleich, Erbteilung, Vermächtnis u. s. w. Der Erwerbsakt kann aber

[1]) Cosack: 9. Aufl. 1922, S. 100.

nicht Ersitzung sein, schon deshalb nicht, weil Firmenrechte keine Sachen sind[1]).

Nach dem Wortlaute des § 22 HGB gehören aber nicht nur Rechtsgeschäfte, bei denen das Eigentum übertragen wird, vielmehr auch Nießbrauch, Pacht und ähnliche Verhältnisse hierher.

Nach Wustrau[2]) ist dies jedoch nicht unbestritten. Da die Verpachtung eines Handelsgeschäftes sicherlich nicht zu den Seltenheiten gehört, soll dieser Fall kurze Erwähnung finden. Der Obengenannte führt aus wie folgt: „Die Gegner dieser Ansicht berufen sich auf den § 22 HGB, der ausdrücklich zwischen dem Erwerb und der Übernahme zu Pacht oder Nießbrauch unterscheidet. Erwerb ist hiernach gleichbedeutend mit Erwerb zu Eigentum, und die Verpachtung eines Handelsgeschäftes oder die Einräumung eines Nießbrauches daran ist keine *Veräußerung* im Sinne des Gesetzes. Da der § 25 HGB aber nur vom *Erwerber* und *Veräußerer* spricht, so beschränken sich seine Bestimmungen auf den Erwerb eines Handelsgeschäftes zu Eigentum".

Und man muß sich diesem Urteile des Obengenannten durchaus anschließen, das er wie folgt begründet: „Dem widerspricht aber die ratio legis: der § 25 HGB ist geschaffen im Interesse der Gläubiger und Schuldner eines Handelsgeschäftes. Für sie soll Klarheit darüber bestehen, an wen sie sich wegen ihrer Forderungen und Verbindlichkeiten gegen das Geschäft im Falle eines Inhaberwechsels zu wenden haben. Will man hier aber eine Ausnahme statuieren für die Übernahme eines Handelsgeschäftes zu Pacht oder Nießbrauch, so wäre die durch den § 25 HGB bezweckte Verkehrssicherheit nur eine mangelhafte, und dies kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein".

Nachdem es, was die Person des Erwerbers anbetrifft, im § 25 HGB heißt: „*Wer* . . . . fortführt", kommt es nur darauf an, daß ein vollständiger Wechsel in der Inhaberschaft eintritt. Damit scheiden die Fälle aus, in denen neben den bisherigen Inhaber ein neuer hinzutritt (§ 28 HGB). Mithin kann auf Grund von § 25 HGB jeder erwerben, der ein Handelsgewerbe zu betreiben befugt ist.

---

[1]) Staub: 10. Aufl., § 22, Anm. 5, S. 153.

[2]) Wustrau: Die rechtliche Bedeutung des § 25 HGB, unter besonderer Berücksichtigung des Geschäftserwerbes mit der Firma, Diss. Heidelberg 1909.

4. Die Fortführung des Handelgeschäftes als weitere Voraussetzung.

Eine weitere Voraussetzung für die Übertragung der Firma liegt in der Erfüllung der Vorschrift, daß das übertragene Handelsgeschäft weitergeführt wird.

Dieser Vorschrift wird dann nicht genügt, wenn der Erwerber das Handelsgeschäft sofort im Anschluß an die Übernahme auflöst und die Firma auf ein anderes Geschäft überträgt. Eine solche Umgehung des Gesetzes soll eben der § 23 HGB unterbinden.

Es taucht nun die Frage auf, ob sich in dieser gesetzgeberischen Maßnahme der Sinn und Zweck des § 23 HGB erschöpft oder ob genannter Paragraph positiv die Möglichkeit der Fortfirmierung nur unter der Bedingung gestattet, daß der Betrieb des Handelsgeschäftes sowohl seinem Umfange als auch Gegenstande nach dauernd unverändert bleibt.

Es soll zunächst angenommen werden, daß der Gesetzgeber in der Tat eine Abhängigkeit zwischen der Möglichkeit der Fortfirmierung aus der Weiterführung des Handelsgeschäftes statuiert hat. Für die nun anzustellenden Erörterungen über die Weiterführung eines Handelsgeschäftes ergeben sich zwanglos zwei im Mittelpunkt stehende Fragen: einmal die Frage, in welchem Umfange die Weiterführung zu erfolgen habe, zum anderen die Frage, ob und inwieweit der Grundsatz der „Kontinuität des Betriebes" gewahrt bleiben muß.

a) Der Umfang der Übertragung.

Ebensowenig wie das HGB den Begriff des „Handelsgeschäftes" normiert hat, spricht es sich auch nicht darüber aus, in welchem Umfange die Übertragung eines Handelsgeschäftes zu erfolgen habe.

Soweit Verfasser die Literatur überschaut, lehnt in dieser Frage das Schrifttum allgemein gültige Regeln ab, kommt vielmehr zu der Erkenntnis, daß der Umfang der Übertragung Tatfrage bleiben müsse. Und das ist richtig. Es steht auch durchaus nicht im Widerspruch zur Weiterführung eines Handelsgeschäftes, wenn der neue Inhaber schließlich aus zwingenden Gründen z. B. Ausnützung einer Konjunktur, Notwendigkeit der Anpassung an die Zeitverhältnisse usw., die Grundlage seines Betriebes erweitert oder einschränkt.

Staub[1]) will wohl unter einem Handelsgeschäft den Inbegriff alles dessen, was zum Betrieb dieses Handelsgewerbes gehört, verstanden haben. Er will aber aus dieser Definition nicht gefolgert haben, daß zum Erwerb des Handelsgeschäftes der Übergang *aller* dort aufgezählten Bestandteile, aller Aktiva und Passiva gehört.

„Doch muß ein Erwerb des Geschäftes im großen und ganzen vorliegen, nicht gerade in seiner Gesamtheit, sondern so, daß die Bestandteile des Handlungsvermögens übergehen, *welche die Fortführung des Handelsbetriebes ermöglichen*[2])".

Mit dieser Auslegung ist hinsichtlich der Einschränkung des Betriebes eine gewisse, jedoch nur von Fall zu Fall bestimmende Grenze nach unten gezogen, die nicht überschritten werden darf, wenn die Voraussetzungen der in Frage stehenden gesetzlichen Bestimmungen erfüllt sein sollen.

Ein Überschreiten dieser Grenze nach unten würde z. B. vorliegen, wenn der Geschäftsbetrieb dauernd auf den Umfang eines Kleingewerbes heruntergesunken ist. In einem solchen Falle wäre die Firmenfortführung unzulässig und die Firma wäre zur Löschung zu bringen.

Bleibt aber der Zweck des Handelsgeschäftes, sein Gegenstand im wesentlichen der gleiche, so hört trotz quantitativer Veränderung im Betriebe das Geschäft nicht zu bestehen auf, wodurch auch die Voraussetzung zur gesetzmäßigen Weiterführung der Firma erfüllt bleibt.

Über diese Frage herrscht in der Literatur durchaus Einverständnis.

b) Die Kontinuität des Handelsbetriebes.

Im engsten Zusammenhange mit der Frage nach dem Umfang der Übertragung steht die weitere Voraussetzung, daß die Fortführung des bisher unter der Firma betriebenen Handelsgeschäftes zu erfolgen hat, wenn der neue Inhaber von der alten Firma Gebrauch macht.

Danach kann es dem neuen Inhaber unmöglich gestattet sein, das Geschäft beim Erwerbe oder sofort im Anschluß daran derartig umzuändern, daß die Identität des übertragenen Geschäftes mit dem des alten Inhabers völlig aufgehoben

[1]) Staub: 10. Aufl., Anm. 4, § 22, S. 151.
[2]) Staub: Anm. 6 zu § 22, S. 151.

ist. Maßnahmen solcher Art sind unzulässig, da sie dazu dienen, die gesetzlichen Bestimmungen des § 22 HGB zu umgehen. In diesem Punkte sind sich einig Staub, Lehmann-Ring, Cosack und Goldmann[1]).

Die Ansichten gehen jedoch bei der Beantwortung der Fragen auseinander, ob die Kontinuität des Gewerbebetriebes *dauernd* erhalten bleiben muß oder ob eine allmähliche Änderung des Betriebes statthaft ist. Eine in der Literatur sehr umstrittene Frage ist weiterhin die, ob diese Änderungen im Laufe der Zeit so weit gehen dürfen, daß sich der Gegenstand des Unternehmens, wenn schon allmählich, aber letzten Endes doch *vollständig* ändert, daß schließlich ein ganz anderes Geschäft betrieben wird.

Schon die Verkehrssitte im Leben des Kaufmanns bringt es mit sich, daß sich die Art und Weise der Betriebsführung oft ununterbrochen ändert, somit die Wahrung der Kontinuität bei allem guten Willen bisweilen undurchführbar sein wird. So ist es ganz natürlich, daß sich im Laufe der Zeit der Kundenkreis erweitert, daß es sich notwendig machen kann, alte Artikel aufzugeben und neue einzuführen, daß der Ausnützung von Konjunkturen und günstigen Gelegenheiten nichts im Wege stehen darf. Zweifellos liegt doch trotz solcher natürlichen Veränderungen eine Fortführung des Geschäftes vor.

Bezüglich der Frage, ob trotz allmählicher Änderung des Geschäftsbetriebes doch noch von einer Fortführung des Handelsgeschäftes gesprochen werden kann, existieren in der Literatur zwei sich direkt entgegenstehende Ansichten.

Staub[2]) spricht sich über diese Frage folgendermaßen aus: „Doch braucht das fortgeführte Geschäft nur im wesentlichen auf den alten Grundlagen zu beruhen, es muß die sogenannte Kontinuität des Unternehmens, der Zusammenhang des Geschäftsbetriebes, gewahrt bleiben.

Dieser Zusammenhang ist, um ein Beispiel anzuführen, gewahrt, wenn früher nur der Druck kleiner Reklame-Plakate jetzt der von Büchern den Gegenstand des Geschäftes bildet.

Völlige Identität ist keineswegs erforderlich, insbesondere bedingen quantitative Veränderungen, Erweiterungen und

---

[1]) Staub: Anm. 10, § 22, S. 154; Lehmann & Ring: Seite 119; Goldmann: Seite 94.

[2]) Staub: Anm. 10, § 22, Seite 156.

Verringerungen des Geschäftsbetriebes, sollten diese auch in Zuführung neuer Artikel oder in Anschaffung alter bestehen, nicht den Untergang des Firmenrechts. Ja sogar eine völlige Veränderung des Gegenstandes des Unternehmens ist dann ohne Nachteil, wenn sie allmählich erfolgt und die Kontinuität nicht unterbrochen ist".

Staub stützt sich dabei auf eine diesbezügl. Entscheidung des Reichsgerichtes und auf deren Begründung.

Dieses Urteil[1]) lautet: „Auch wenn der Erwerber eines Handelsgeschäftes den Umfang desselben erweitert oder es auf andere Gegenstände erstreckt, ja sogar wenn er es allmählich wesentlich umgestaltet, so müssen unter der Voraussetzung, daß die Kontinuität des Betriebes gewahrt bleibt, die Bedingungen für die Zulässigkeit der ferneren Führung der Firma als fortbestehend anerkannt werden".

Entgegengesetzter Ansicht sind Lehmann & Ring und Goldmann.

Lehmann-Ring sagt[2]): „Er darf also den Gegenstand des Unternehmens nicht gänzlich ändern, etwa aus einem Fabrikgeschäft eine Agentur machen, auch nicht allmählich, wie Staub § 22 Anm. 10 annimmt, wohl aber darf er sowohl Betrieb als Branche einschränken oder erweitern, *wenn nur im ganzen der Charakter der gleiche bleibt*".

Und Goldmann[3]) führt des weiteren aus: „Immer aber muß der Charakter des Geschäftes derselbe bleiben. Der Ansicht von Staub ist nicht zuzustimmen. Bei einer völligen Veränderung des Gegenstandes des Unternehmens kann von Wahrung der Kontinuität nicht mehr die Rede sein". Derselben Ansicht ist Düringer-Hachenburg.

Unter Rückblick auf die den II. Abschnitt des ersten Teiles dieser Arbeit einleitenden Erwägungen kommt der Verfasser zu folgender Entscheidung:

Der § 22 HGB stellt eine Ausnahme dar, die — wie bereits des öfteren dargetan — eine Ausnahme im Interesse des Handelsstandes sein soll. § 23 HGB nun hat den Zweck, vermögensrechtliche Ausnützung dieser Ausnahme z. B. durch unlauteren Wettbewerb zu unterbinden. Dort, wo eine Änderung des Betriebes eintritt mit dem Zwecke der absichtlichen Täuschung des Publikums liegt eine Umgehung des § 23 HGB

[1]) Vom 20. 6. 1900: R. G. Z. Band 46, Seite 152.
[2]) Lehmann-Ring: 2. Aufl., Seite 119.
[3]) Goldmann: 1. Band, Seite 94.

vor, und es ist eine Fortführung der Firma nicht statthaft. Ist indessen die Veränderung im Gegenstande des Unternehmens eine Notwendigkeit, die von wirtschaftlichen Verhältnissen und solchen des kaufmännischen Verkehrs diktiert wird, dann muß dem Erwerber billigerweise die Weiterführung der Firma selbst dann noch gestattet sein, wenn die Veränderung über eine allmähliche zu einer vollständigen geworden ist. Maßgebend dabei ist nur, daß die Änderung eine kontinuierliche ist und keine Unterbrechung erleidet, nach Ablauf derer ein ganz anders gearteter Betrieb vorliegt. Alle hiermit in Zusammenhang stehenden Fragen aber sind Tatfragen.

Schließlich sei noch erwähnt, daß es wohl möglich ist, eine Änderung im Betriebe des Handelsgeschäftes vertraglich auszuschließen.

5. Die Vollkaufmannseigenschaft des früheren Inhabers als Voraussetzung.

Es ist im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen, daß das zu übertragende Handelsgeschäft ein firmenberechtigtes ist, d. h. ein einem sogenannten „Vollkaufmann" gehörendes sein muß. Diese Notwendigkeit ergibt sich jedoch eindeutig aus dem Umstande, daß die Minderkaufleute nach § 1 und § 4 Abs. 1 HGB vom Firmenrechte ausgeschlossen sind.

Das Firmenrecht der Kaufleute nach § 1 Abs. 2 HGB ist nicht abhängig von der Eintragung der Firma; denn hier hat die Eintragung nur deklaratorische d. h. rechtsbekundende Wirkung. Ist also die Firma eines Kaufmanns nach § 1 HGB *nicht* eingetragen, so steht diese Tatsache der Anwendung des § 22 HGB nicht entgegen. Wer demnach ein Handelsgeschäft im Sinne von § 1 HGB betreibt, kann seine Firma bei der Veräußerung auf den neuen Inhaber übertragen, gleichwohl ob sie eingetragen ist oder nicht, und die Übertragung wird rechtlich wirksam, sofern der Veräußerer seine Einwilligungserklärung zur Fortführung der Firma gibt.

Indessen ist die Eintragung der Firma bei unserer Frage von größter Bedeutung insofern, als es neben den Vollkaufleuten nach § 1 Abs. 2 auch solche nach § 2 und § 3 Abs. 2 HGB gibt. Bei letzterer Gattung von Kaufleuten nämlich, hat die Eintragung konstitutive, d. h. rechtsbegründende Wirkung.

Erst mit der Eintragung der Firma erhalten die Gewerbetreibenden nach §§ 2 und 3 Abs. 2 HGB die Eigenschaft als Kaufleute, und ihre Firma entsteht somit auch erst mit dem Zeitpunkte der Eintragung. Solange ihre Firmen nicht eingetragen sind, sind sie überhaupt keine Kaufleute, nicht einmal Minderkaufleute. Als solche aber haben sie kein Recht, eine Firma zu führen. Veräußert nun ein solcher Gewerbetreibende sein Geschäft und wird dieses vom Erwerber unter dem Namen des Veräußerers weitergeführt, so kann von einer Anwendung des § 22 HGB keine Rede sein; denn es kann das Recht auf die Führung einer Firma nicht übertragen werden, wenn überhaupt keines bestanden hat. In diesen letzteren Fällen ist somit die Eintragung im Handelsregister die notwendige Voraussetzung für die Befugnis des Erwerber, die alte Firma weiterzuführen.

Dabei erscheint es tunlich, schon an dieser Stelle auf eine Bedeutsamkeit bei der Firmeneintragung von Gewerbetreibenden nach § 2 und § 3 Abs. 2 HGB hinzuweisen. Es war gesagt worden, daß diese Eintragung rechtsbegründende Wirkung habe. Der Eintritt dieser Wirkung aber hängt nicht nur ab von der Eintragung; sie allein gibt der Firma des Gewerbetreibenden noch keinen rechtlichen Bestand. Weitere Voraussetzung dieses rechtlichen Bestandes ist das Zusammentreffen mit den in § 2 HGB aufgestellten Erfordernissen, die sinngemäß auch auf § 3 HGB Anwendung finden sollen. (Ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.)

Wie nun — das ist die weiterhin zu erörternde Frage — gestaltet sich die Rechtslage beim Nichtvorhandensein bezw. beim Wegfalle einer dieser Voraussetzungen?

Mangelt es bei der Eintragung eines Gewerbebetriebes an einer der in § 2 bezeichneten sachlichen Erfordernissen, so ist der Mangel der Kaufmannseigenschaft trotz der Eintragung nicht behoben. Die Eintragung hat, wie Cosack sagt, *rechtstäuschende* Kraft[1]).

Der zu Unrecht eingetragene Gewerbetreibende trägt dann nur die Eigenschaft eines Scheinkaufmanns gemäß § 5 HGB; seine Firma ist eine Scheinfirma.

---

[1]) Cosack: Seite 43.

Bezügl. des § 5 HGB sagt Staub[1]), die sachliche Bedeutung und Wirkung dieser Vorschrift bestehe darin, daß jemand, dessen Firma eingetragen ist, ohne daß sein Gewerbe ein Handelsgewerbe ist, zwar kein Kaufmann sei, aber doch für das unter der Firma betriebene Gewerbe in privatrechtlicher Hinsicht als Kaufmann gelte. Dieses Urteil trifft auch auf vorstehend zur Erörterung gestellten Fall zu. In privatrechtlicher Hinsicht gilt der auf Grund § 2 oder § 1 Absatz 2 HGB zu Unrecht eingetragene Gewerbetreibende wohl als Vollkaufmann, für das öffentliche Recht jedoch ist er nur Scheinkaufmann. Der Scheinkaufmann aber hat kein wirkliches Firmenrecht, kann mithin auch nicht eine Firma unter Anwendung von § 22 HGB mit dem Geschäfte übertragen.

Umgekehrt ist es natürlich ausgeschlossen, daß der Erwerber einer Scheinfirma mit dieser auch ein Firmenrecht erwirbt. Dabei schützt ihn auch nicht sein guter Glaube an das rechtliche Bestehen des Firmenrechtes. Wie bereits früher in dem Kapitel über den Erwerbsakt erwähnt, steht auch die Möglichkeit der Ersitzung (§ 933 BGB) außer Frage, da ein solcher Fall nur bei beweglichen Sachen denkbar ist. Auch seine Umschreibung im Handelsregister darf nicht erfolgen. Erfolgt sie aber, so gehen die Eigenschaften des Veräußerers auf den Erwerber über. In öffentlich-rechtlicher Hinsicht ist letzterer nach wie vor nur Scheinkaufmann. Wenn er das erworbene Geschäft zu einem Vollhandelsgeschäft erweitert, muß er notwendigerweise eine ursprüngliche Firma wählen.

Zu einem gleichen Urteil — einem solchen nämlich, daß der Mangel des Zusammenhanges der Voraussetzung der Eintragung mit der Voraussetzung der Erfüllung der Erfordernisse nach § 2 HGB ein Hinderungsgrund für die Übertragung des Geschäftes mit Firma ist — muß man denkrichtig und in konsequenter Durchführung vorstehender Gedankengänge kommen, wenn durch Löschung von Firmen im Handelsregister die Kaufmannseigenschaft von Kaufleuten nach § 2 und § 3 Abs. 2 HGB verloren gegangen ist, während sie ihr Handelsgewerbe noch in kaufmännischer Weise betreiben.

Trotz aller Klarheit ist diese Frage in der Literatur nicht unbestritten.

Anderer Ansicht als der Verfasser ist Lehmann & Ring[2]). Er behauptet, daß die Löschung der Firma im Handelsregister

[1]) Staub: Anm. 3 zu § 5, Seite 78.
[2]) § 1, Nummer 33, Seite 20.

nicht notwendig die Eigenschaft als Handelsgewerbe zerstöre, sicher nicht bei den natürlichen Handelsgewerben des § 1 HGB. aber auch nicht bei den künstlichen des § 2 HGB, da das Gesetz hier die Eintragung als Entstehungsbedingung und nicht als Bedingung der Fortdauer hinstellt.

U. E. sind diese Argumente aber falsch. Sie stützen sich wohl auf den diesbezügl. Passus der Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches, von der auch Staub sagt, daß sie auf anderem Standpunkte zu stehen scheine, als er.

Staub[1]) selbst ist der Ansicht, daß die Kaufmannseigenschaft von Kaufleuten im Sinne von § 2 und § 3 Abs. 2 HGB durch die Löschung erlischt und begründet diese ganz richtig damit, daß mit dem Wegfall der Voraussetzungen für die Entstehung der Kaufmannseigenschaft auch die Wirkung — die Kaufmannseigenschaft eben — fortfallen müsse.

Und wenn Schreiber[2]) meint, daß Cosack entgegengesetzter Ansicht sei, so sei nicht verfehlt, darauf hinzuweisen, daß Cosack sein Urteil grundlegend geändert haben muß. Denn in seiner 9. Auflage 1922 S. 36 sagt der Genannte wörtlich: „Die Kaufmannseigenschaft eines Kaufmanns kraft Eintragung erlischt, wie die der Kaufleute kraft Gewerbebetriebes, sobald eine der Voraussetzungen fortfällt, unter denen sie erworben ist. Sie geht also namentlich dann verloren, wenn ein Kaufmann kraft Eintragung im Handelsregister gelöscht wird, mag die Löschung auch auf einem bloßen Versehen des Registergerichts beruhen." Anders kann es auch nicht sein.

Es war eingangs schon erwähnt worden, daß für den Minderkaufmann kein Firmenrecht in Anwendung kommen könne. Bei der Veräußerung des Handelsgeschäftes eines Minderkaufmanns — ein Fall, der in der Praxis des öfteren vorliegt — können zweierlei Tatbestände eintreten. Die Rechtslage ist verschieden, je nachdem der Minderkaufmann im Handelsregister eingetragen ist oder nicht.

Für den Fall, daß er nicht eingetragen ist, kann von einer Übertragung der bisherigen Firma überhaupt keine Rede sein; denn sein bürgerlicher Name ist keine Firma. Eine Fortführung des Namens durch den Erwerber als seine „Firma" ist trotz Einwilligung des Veräußerers unstatthaft. Der bürger-

[1]) Staub: Anm. 17 zu § 2, S. 60.
[2]) M. Schreiber: Der Erwerb der Firma unter Lebenden. Diss. Leipzig 1903, Seite 11.

liche Name ist nicht übertragbar. Obgleich Staub[1]) stark unterstreicht, daß im Rechtsverkehr derjenige, der sich als Vollkaufmann geriere, die Eigenschaft als Vollkaufmann gegen sich gelten lassen müsse, bildet dieser Tatbestand keine genügende Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 25 HGB, da ja in vorliegendem Falle alle Voraussetzungen für die Übertragbarkeit der Firma unerfüllt bleiben müssen, weil sie infolge Nichtvorhandenseins einer Firma nicht wirksam werden können.

Ist dagegen der Handelsname des Minderkaufmanns in das Handelsregister eingetragen, so ist dadurch sein Name zu einer Firma, wenn auch nur Scheinfirma, geworden. Bei einer Veräußerung seines Handelsgeschäftes ist also eine Übertragung samt Firma möglich. Jedoch gehen in solchem Falle auf den neuen Inhaber alle die Mängel über, die an der Firma haften. Es kann für ihn unter Umständen eine Härte bedeuten, wenn die Eintragung — nach seinem Erwerbe als unberechtigt erkannt — von Amts wegen wieder zur Löschung gebracht wird. Wohl *ihm* — nicht aber dritten Personen — kann entgegengehalten werden (§ 5 HGB), daß die Eintragung der Firma zu Unrecht erfolgt sei. Wir werden nämlich im dritten Teil dieser Arbeit davon zu sprechen haben, daß trotz der Berechtigung der Übertragung Dritten gegenüber gewisse Wirkungen eintreten.

6. Die Einwilligung des bisherigen Inhabers in die Fortführung der Firma als Voraussetzung.

§ 22 HGB verlangt als Voraussetzung des Erwerbes eines Firmengeschäftes die ausdrückliche Einwilligung des bisherigen Geschäftsinhabers in die Fortführung der Firma.

In den Ausführungen über das Wesen und den Begriff der Firma war gesagt worden, daß hinsichtlich ihres Wesens die Grenze zwischen Persönlichkeitsrecht und Vermögensrecht sehr schwankend sei.

Im Spiegel der Einwilligung des bisherigen Inhabers in die Fortführung der Firma zeigt sich jedoch die Firma als reines Persönlichkeitsrecht. Sie ist in dieser Hinsicht kein vermögensrechtlicher Bestandteil des Geschäftes, sondern, wie gesagt, ein von diesem völlig unabhängiges und losgelöstes

[1]) Staub, 12. und 13. Aufl., S. 84, Anh. 75, S. 5, Anm. 1.

Persönlichkeitsrecht des Inhabers. Daher auch geht sie im Falle der Veräußerung des Geschäftes nicht von selbst auf den neuen Inhaber über, vielmehr ist dazu die ausdrückliche Einwilligung des Firmenberechtigten erforderlich.

Aus der in § 22 HGB geforderten Ausdrücklichkeit der Einwilligung kann aber nicht gefolgert werden, daß die Einwilligung mit *ausdrücklichen Worten* gegeben werden müsse. Zustimmende Gebärden oder Handlungen können als genügend angesehen werden, um alle Zweifel über die Einwilligung des Veräußerers zu beheben. Ob im Einzelfalle die Einwilligung als eine ausdrückliche anzusehen ist, bleibt Tatfrage. Ein Unterlassen des Widerspruches gegen die Fortführung der Firma reicht nicht aus. Auch genügt nicht ein Tun des Veräußerers, aus dem man nur auf die Zustimmung schließen kann. Die Einwilligung kann ferner nicht ersessen werden; denn das Gesetz kennt nur eine Ersitzung von Sachen (s. § 937 BGB).

Es ergibt sich aus dem Inhalte des § 23 HGB, daß die Übertragung der Firma nur möglich ist unter der Voraussetzung der *gleichzeitigen* Übertragung des Geschäftes. Indessen kann der Begriff der Gleichzeitigkeit nicht wörtlich aufgefaßt werden. Auch für diesen Fall will Staub[1]) den Grundsatz der Kontinuität beider Vorgänge gewahrt sehen; es soll zwischen beiden Vorgängen ein gewisser zeitlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang erforderlich sein.

Bedingungen oder Befristungen der Fortführung der Firma sind zulässig[2]). So würde eine Bedingung denkbar sein, auf Grund der nur die Personen des Erwerbes, nicht aber ein späterer dritter Erwerber befugt sein soll, die Firma fortzuführen. Im Zweifel wird aber die Einwilligung zur Fortführung der Firma als erteilt angesehen werden müssen, auch für den Fall, daß das Geschäft in dritter Hand weiter betrieben wird. Bei der Befristung ist notwendig, daß die Einwilligung gleichzeitig mit der Veräußerung des Geschäftes abgegeben wird. Willigt der Veräußerer vor der Geschäftsveräußerung in die Fortführung der Firma, so verstößt er gegen den § 23 HGB. Erfolgt dagegen die Einwilligung nach der Geschäftsveräußerung, so hat der Veräußerer gar kein Firmenrecht mehr.

[1]) Staub: Anm. 7, § 22, Seite 154.
[2]) Staub: Anm. 7, § 22, Seite 155.

Der frühere Geschäftsinhaber kann dem Erwerber seines Unternehmens zunächst nur für eine bestimmte Zeit die Fortführung der Firma erlauben. Die Einwilligung kann auch auf Widerruf erteilt werden. Der Erwerber darf dann, wenn die Zeit abgelaufen ist, oder der Veräußerer widerruft, die Firma nicht weiterführen.

Dritter Teil.

Die Wirkungen der Übertragung der Handelsfirma.

1. Übersicht.

In § 3 Abs. 2 dieser Arbeit (Der Erwerbsakt des Handelsgeschäftes) war darauf hingewiesen worden, daß der Veräußerungsvertrag nur ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft sei mit der Bedeutung, daß der frühere Inhaber sich verpflichtet, sein Geschäft auf den Erwerber zu übertragen. Es war weiterhin auch schon gezeigt worden, wie der Vorgang der Übertragung sich im einzelnen abspielen müsse. Bereits bei der Besprechung des Begriffes „Handelsgeschäft" war erkannt worden, daß es jedoch durchaus nicht erforderlich ist, alle einzelnen Vermögensbestandteile auf den neuen Inhaber als Fortführer der Firma zu übertragen. Diese Erkenntnis ergab sich aus der Definition des Begriffes „Handelsgeschäft". Indessen war es unterlassen worden, an jener Stelle schon die Frage aufzuwerfen, ob die Weiterführung der Firma als solche irgendwelche Vermutungen und gesetzliche Wirkungen dafür zur Folge habe, daß die einzelnen Vermögensbestandteile *kraft Gesetzes* auf den neuen Firmeninhaber zu übertragen sind oder nicht, bezw. ob es einzelne Vermögensbestandteile gebe, für die eine derartige Regelung der Übertragung vorgesehen ist.

Wäre diese Frage früher, schließlich auch noch unter der Geltung des ADHGB aufgeworfen worden, so hätte gesagt werden müssen, daß man eine Übertragung irgendwelcher Vermögensbestandteile auf den Firmenfortführer kraft Gesetzes nicht kenne.

Im Art. 23 ADHGB war eine positive Vorschrift über den Übergang oder Nichtübergang der einzelnen Vermögensbe-

standteile nicht enthalten. Daher auch blieb es immer eine Streitfrage, ob mit der Firma auch die Geschäftsforderungen und Geschäftsschulden auf den Erwerber übertragen sein sollten oder nicht. Um Zweifel auszuschließen, versuchte man aus der weiteren oder engeren Bedeutung des Wortes „Handelsgeschäft" eine Vorschrift über den Übergang zu konstruieren.

Durch Einführung des § 25 HGB in das neue HGB ist für das geltende Recht in dieser Hinsicht vollste Klarheit geschaffen worden. Die Besprechung der sich hieraus ergebenden neuen Rechtslage soll Aufgabe der nächsten Abschnitte dieser Arbeit sein.

Es ist vielleicht nicht uninteressant, vergleichsweise darauf hinzuweisen, daß im Österreichischen Handelsrecht bislang noch die Unklarheit herrschte, welche vor Einführung unseres neuen HGB die vorstehend gekennzeichnete Streitfrage entfachte. Dem Verfasser liegt ein Artikel (Über die Haftung des Firmaübernehmers) einer österreichischen Rechtszeitschrift aus dem Jahre 1911 vor[1]). Der Schreiber erwähnten Artikels klagt darüber, daß die Frage betr. der Übertragung der Aktiva und Passiva ausschließlich nach den Bestimmungen des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches behandelt werden müsse, welche den modernen Anforderungen des Handels- und Gewerbeschutzes ganz und gar nicht entsprächen. Solange das österreichische Handelsgesetzbuch in Bezug auf den Begriff der Firma und die Bedeutung des Geschäftsüberganges nicht nach Art des deutschen HGB abgeändert werde, könne von einem handelsrechtlichen Schutze der Geschäftsgläubiger gegen die fraudulose Geschäftsveräußerung keine Rede sein.

Ehe in die Besprechung der Rechtslage auf Grund § 25 HGB eingetreten wird, soll im nächsten Abschnitt kurz das Nötigste über die Wirkungen der Übertragung des Handelsgeschäftes in rein firmenrechtlicher Hinsicht gesagt sein.

2. Die firmenrechtliche Wirkung als solche.

Geht nun unter den in § 4 dieser Arbeit erörterten Voraussetzungen die Firma auf einen neuen Inhaber über, so erhält dieser mit der Übertragung das Recht, nunmehr die

[1]) „Gerichtshalle" Wien 1911, 36. Jahrgang Nr. 1.

Firma als die seine zu führen. Durch diesen Übergang werden zugleich alle die Rechte an der Firma auf den Erwerber übertragen, wie sie dem früheren Inhaber zustanden. So erlangt der Erwerber das Recht der Weiterveräußerung des Firmengeschäftes; er kann durch Aufnahme eines Gesellschafters das Geschäft in eine Gesellschaftsfirma unter Beibehaltung der alten Firma umwandeln; es ist ihm weiterhin gestattet, die Firma bei der Gründung von Zweigniederlassungen zu verwenden, um diese schließlich zu selbständigen Geschäften zu erheben.

Indessen geht aus dem Wortlaute des § 22 HGB deutlich hervor, daß der Erwerber das Geschäft mit der Firma fortführen „darf", ihm also mit diesem Recht nicht auch die Pflicht zur Fortführung der Firma auferlegt ist. Ob er von seinem Rechte Gebrauch machen wird, ist in sein Belieben gestellt.

Daraus ergibt sich, daß der neue Inhaber beim Erwerbe des Geschäfts einschließlich der Firma befugt ist, den eigenen Namen als Firma für das erworbene Handelsgeschäft zu führen. Es kann ihm auch nicht verwehrt werden, nach zeitweiliger Fortführung der fremden Firma und nach derer späteren Löschung auf seinen eigenen Namen zurückzugreifen.

Mit der Aufgabe jedoch verliert die erworbene Firma ihre Existenzberechtigung — sie hat keine selbständige Existenzberechtigung — welcher Umstand eine spätere Wiederaufnahme ausschließt.

Nach Staub[1]) ist allerdings anzunehmen, daß, wer nach dem Firmenerwerb zunächst seinen Familiennamen als Firma gebraucht hat, doch auf die erworbene Firma zurückgreifen kann, diese Ansicht wird nur durch die ihr angeschlossene Einschränkung verständlich, nach der freilich eine Wiederaufnahme der Firma dann unzulässig sein soll, wenn sie bereits im Handelsregister gelöscht und auf Antrag des Erwerbers eine neue Firma eingetragen ist. Immerhin dürfte diese nicht weiter kommentierte Ansicht geeignet sein, Widerspruch hervorzurufen. Freilich ist auch der Fall möglich, daß unter den Parteien für den neuen Inhaber eine Pflicht zur Weiterführung der Firma ausdrücklich vertraglich vereinbart wird. Jedoch kann nur der Veräußerer auf Erfüllung einer solchen Vereinbarung bestehen, sonst weder ein Dritter, auch nicht der Registerrichter. Das öffentliche Interesse ist daran unbeteiligt[2]).

[1]) Staub: Anm. 9, § 22, Seite 155.
[2]) Staub am gleichen Ort.

Nach § 22 HGB darf der Erwerber die bisherige Firma unverändert oder mit Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes weiterführen. Die Fassung des das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes kann dabei dem Erwerber überlassen bleiben, jedoch auch zum Gegenstande bindender vertraglicher Vereinbarungen werden.

Der Veräußerer verliert mit der Übertragung des Firmengeschäftes die Befugnis, die Firma weiter zu führen. Falls die Firma mit seinem bürgerlichen Namen identisch war, ist es ihm nicht gestattet, diesen Namen bei einer möglichen Neugründung eines Handelsgeschäftes wieder als Firma zu benutzen, auch nicht für den Fall, daß der Erwerber des Unternehmens in die Fortführung der Firma einwilligen würde.

Sogar in fremde Namensrechte greift das Recht des Firmenerwerbes ein: die Erlaubnis der Fortführung des Geschäfts mit der bisherigen Firma schließt das Recht ein, einen fremden Namen zu führen. Somit kann ein Dritter, der sonst ein Recht auf Untersagung dieser Namensänderung hätte, dem Firmeninhaber den Gebrauch des Namens nicht untersagen[1]).

Läßt der Veräußerer nach Abschluß des Vertrages zwischen ihm und dem Erwerber die Firma löschen, ehe sie auf den Erwerber umgeschrieben ist, so besteht trotz Löschung die Firma weiter[2]).

3. Der Begriff der Geschäftsschulden und Geschäftsforderungen.

Im vorhergehenden Abschnitte war darauf hingewiesen worden, daß das Gesetz für den Fall der Firmenfortführung bestimmte Wirkungen hinsichtlich der Geschäftsschulden und Geschäftsforderungen eintreten lasse. § 25 Abs. 1 HGB definiert Geschäftsschulden und Geschäftsforderungen als die im Betriebe des Geschäftes begründeten Verbindlichkeiten und Forderungen des bisherigen Inhabers. Letztere müssen mit dem Geschäftsbetrieb in einer so engen Verbindung stehen, daß sie als Folge dieses Geschäftsbetriebes erscheinen[3]). Dazu gehören also *nicht* alle die Schulden und Forderungen, die im Privatleben des Kaufmanns begründet sind. Privatforderungen können beispielsweise entstehen aus privaten Gefällig-

[1]) Staub: Anm. 10, § 22, Seite 155.
[2]) RG in LZ 1907, S. 139.
[3]) Staub: Anm. 29, § 22, Seite 165.

keitsdarlehen, zu den Privatschulden gehört z. B. der Mietzins für Wohnräume.

Da der neue Firmeninhaber nur in die geschäftlichen Forderungen eintreten, bezw. nur für die Geschäftsverbindlichkeiten haften soll, macht sich deren strenge Unterscheidung von Schulden und Forderungen privater Natur erforderlich. Diese Unterscheidung dürfte jedoch in vielen Fällen sehr schwer sein.

Als wichtige Fingerzeige für die Natur der Schulden und Forderungen können vor allem die Einträge in die Handelsbücher dienen. Des weiteren kann die Tatsache, daß Forderungen und Schulden nicht unter der Firma, vielmehr unter dem bürgerlichen Namen eingegangen sind, einen Hinweis auf deren privaten Charakter bieten. Diese Indizien sind jedoch nicht immer stichhaltig genug.

Von größter Bedeutung für diese Frage sind daher die Rechtsvermutungen des § 344 HGB, deren Wert darin besteht, daß sie den Beweis der Zugehörigkeit zu den Geschäftsschulden und Geschäftsforderungen erleichtern.

§ 344 HGB sagt: „Die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörig. Die von einem Kaufmanne gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet, sofern nicht aus der Urkunde sich das Gegenteil ergibt."

Auf Grund § 344 Abs. 2 HGB gelten also die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig. Da dieser Tatbestand nur in Zweifelsfällen eintreten soll, muß es möglich sein, ihn jederzeit durch den Gegenbeweis zu widerlegen. Kann dieser Gegenbeweis jedoch nicht erbracht werden, gelten alle Geschäfte eines Kaufmannes als zu seinem Geschäftsbetriebe gehörig. Eine Anwendung des § 344 Abs. 1 HGB kommt freilich dann nicht in Frage, wenn es augenfällig ist, daß die Geschäfte mit einem Handelsgewerbe überhaupt nichts zu tun haben.

Dagegen bestimmt § 344 Abs. 2 HGB, daß die von einem Kaufmanne gezeichneten Schuldscheine als im Betriebe seines Handelsgewerbes zu betrachten sind, wenn nicht sich aus der Urkunde das Gegenteil ergibt. Diese gesetzliche Bestimmung, die alle mit solchen Schuldscheinen zusammengehörenden Schulden und Forderungen betrifft, stellt eine noch viel weitergehende Rechtsvermutung dar. Sie unterscheidet sich von

jener des Absatzes 1 dadurch, daß hiernach jeder Gegenbeweis der Partei überhaupt ausgeschlossen ist, der Beweis vielmehr durch den Wortlaut der Urkunde selbst geführt werden soll.

Hat sich z. B. ein Kaufmann durch Schuldschein, der einen den Tatsachen nicht entsprechenden Schuldgrund enthält, indessen der tatsächliche mit dem Handelsgewerbe überhaupt nicht in Beziehung steht, verpflichtet, so gilt diese Verpflichtung unwiderruflich als Geschäftsschuld. Das Gesetz hat den Gegenbeweis völlig ausgeschlossen.

Die Vermutung des § 344 Abs. 2 kommt jedoch nur in Frage für das Verhältnis zwischen Erwerber und Gläubiger[1]): das Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber bleibt davon unberührt.

Das Unterschiedliche in der Verwendung dieser Bestimmung ergibt sich aus folgendem Gedankengang: der neue Firmeninhaber soll nur in die wirklichen Geschäftsforderungen eintreten dürfen, er soll nur für die wahren geschäftlichen, nicht aber privaten Schulden zu haften brauchen. Zum anderen aber hat der Gesetzgeber den Geschäftsgläubigern größtes Entgegenkommen bewiesen, indem er durch Einfügung dieser gesetzlichen Bestimmung in Bezug auf Schutz und Sicherstellung in weitgehendstem Maße deren Interessen wahrte. Es ist dies kurz gesagt eine Maßnahme des Gläubigerschutzes.

4. Die auf Grund des § 25 HGB eintretenden Wirkungen.

a) Gegenüber den Geschäftsgläubigern.

aa) Der Rechtsgrund der Haftung.

Durch den Übergang der Firma auf den neuen Inhaber wird nun nicht nur das Recht an der Firma als solcher berührt. Wie schon bekannt, knüpfen sich vielmehr auch hinsichtlich bestimmter mitübergegangener Vermögensbestandteile die wichtigsten Folgen an die Fortführung der Firma. Bezüglich der Frage des Überganges der Geschäftsschulden und Geschäftsforderungen ist für das geltende Recht durch den § 25 HGB restlose Klarheit geschaffen worden. Der Inhalt des § 25 HGB besteht in einer weitgehenden Regelung der Frage nach der Haftung des Geschäftsübernehmers für die Geschäftsschulden gegenüber den Gläubigern und nach dem Verhältnis

[1]) Staub: Anm. 29, § 22, Seite 165.

der Geschäftsschuldner zum Geschäftsübernehmer. Es hat danach das HGB von einer Behandlung aller übrigen bei der Übertragung eines Firmengeschäftes möglicherweise eintretenden materiellen Wirkungen abgesehen, insbesondere derjenigen, die unter den Parteien selbst entstehen. Wir werden am Ende dieses Abschnittes sehen, daß es ihm auf eine derartige Regelung gar nicht ankam.

Aus dem Wortlaute des § 25 HGB geht ganz deutlich hervor, daß die Übertragung der Geschäftsschulden und Geschäftsforderungen davon abhängig ist, ob das übergegangene Handelsgeschäft unter der alten Firma oder einer neuen Firma weitergeführt wird. Für vorliegende Arbeit kommt nur der Fall der Weiterführung des übergegangenen Handelsgeschäftes mit der bisherigen Firma in Frage, und es gilt nunmehr das Verhältnis des neuen Inhabers zu den Geschäftsgläubigern zu betrachten.

Rechtsgrundlage für den Eintritt der Wirkungen des § 25 HGB ist die Erfüllung aller seiner Voraussetzungen im Zeitpunkte des Erwerbes. Sind alle rechtlichen Voraussetzungen der Firmenübertragung, von denen im zweiten Teil dieser Arbeit die Rede war, erfüllt, so haftet der Erwerber „für alle im Betriebe des Geschäftes begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers".

Es liegt nun nahe, in dieser Bestimmung eine gesetzliche Fiktion zu erblicken, daß die Geschäftsschulden vom Erwerber vertraglich übernommen worden seien. Doch wäre eine solche Annahme falsch; denn der Eintritt des Erwerbers in die Haftung für die Geschäftsschulden im Falle der Fortfirmierung ist zwingendes, nicht dispositives Recht. Daraus ergibt sich, daß eine anders gerichtete Vereinbarung zwischen den Parteien nichtig wäre. Die Haftung des Erwerbers müßte selbst dann eintreten, wenn zwischen den Parteien eine Vereinbarung dahinlautend getroffen worden wäre, daß der Übergang der Geschäftsschulden ausgeschlossen sein solle. Allerdings würde in solchem Falle der Ausschluß dieser Haftung durch geeignete Bekanntmachung gesetzlich zulässig sein (§ 25 Abs. 2 HGB).

Wir sehen also, daß das Gesetz bezüglich der Schuldenhaftung eine vertragliche Regelung gar nicht kennen will, das Gesetz vielmehr die bloße Tatsache der Fortfirmierung als Rechtsgrund für die Schuldenhaftung des Erwerbers ansieht. Es will in der Fortführung der Firma eine an die Öffentlich-

keit gerichtete Erklärung sehen, dahingehend, daß der Erwerber in einem möglichst weitem Umfange in alle Geschäftsbeziehungen, daß er eben in Sonderheit für alle im Geschäft begründeten Schulden eintritt.

Durch den § 25 HGB ist den Gläubigern der Weg gewiesen, an wen sie sich zur Befriedigung ihrer Forderungen halten können. Da die Fortführung der Firma auch ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes geschehen kann, ist der Fall nicht ausgeschlossen, daß die Gläubiger erst bei Fälligkeit ihrer Forderungen von dem Inhaberwechsel erfahren. Fiel nun der alte Inhaber möglicherweise infolge inzwischen eingetretener Verschlechterung seiner Vermögenslage aus, so mußte dem Gläubiger ein Weg zur Sicherstellung seiner Forderung gegeben sein. Diesen Weg schuf der Gesetzgeber durch Einführung des § 25 HGB, der wie in der Art des § 344 HGB eine Maßnahme des Gläubigerschutzes darstellt.

bb) Die Art der Haftung.

In den folgenden Zeilen ist nun darüber zu sprechen, welcher Art die Haftung des neuen Firmeninhabers ist.

Durch die Haftungsvorschrift für den Firmenfortführer, die sich auf alle — auch auf die ihm unbekannten — früheren Geschäftsschulden erstreckt, hat das Gesetz den Geschäftsgläubigern des früheren Inhabers das Recht eingeräumt, sich zum Zwecke ihrer Befriedigung direkt an den neuen Inhaber zu wenden. Doch wird durch diese Haftung des Erwerbers der frühere Inhaber von seiner Schuld nicht befreit. Letzterer haftet vielmehr in derselben Art wie früher, sodaß sich ein Rechtszustand ergibt, in dem beide nebeneinander haften, ein jeder auf Grund einer besonderen rechtlichen Verpflichtung. Diese liegt für den Veräußerer in dem Ursprung der Geschäftsschulden, für den Erwerber — wie wir gesehen hatten — lediglich in der Tatsache der Firmenfortführung.

Staub[1]) bezeichnet die Art der Haftung des Erwerbers als eine „kumulative Haftungsübernahme". Gegen diese Bezeichnung des Rechtszustandes als Haftungs*übernahme* wendet sich Krische[2]). Dieser Ausdruck, so führt er aus, weise allzusehr darauf hin, daß der Erwerber die Schuld bezw. Haftung über-

[1]) Staub: Anm. 9, § 125, Seite 175.

[2]) Krische: Voraussetzungen und Wirkungen der Firmenfortführung bei Kaufleuten unter Lebenden S. 36.

nommen, d. h. sich zur Befriedigung der Geschäftsgläubiger bereit erklärt habe. Da das ja aber nicht notwendig sei, schlägt der Genannte vor, der Deutlichkeit halber und zwecks Ausschließung jedes Irrtums, von einer kumulativen Haftung des Firmenfortführers zu reden, zumal da das Gesetz auch nur den Ausdruck „haftet" gebraucht und den „übernimmt" streng vermeidet.

Dieser Auffassung glaubt sich der Verfasser anschließen zu können, wobei er sich auf das bereits erwähnte Argument stützt, daß, wenn schon zwei Schuldner für ein und dieselbe Leistung haften, so doch der Leistung zwei verschieden geartete Verpflichtungsgründe beider Schuldner gegenüberstehen. Der Ausdruck „Übernahme" ist wohl geeignet, den tatsächlichen Rechtszustand, wonach die Schuldner *nebeneinander* stehen, in ein falsches Licht zu rücken.

Eben dieselben Argumente stehen auch dagegen, die Haftung des neuen Inhabers etwa als Bürgschaft aufzufassen. Bei der Bürgschaft liegt für die Schuld, für welche zwei verschiedene Personen haften, ein und derselbe Verpflichtungsgrund vor, während doch eben die Haftung des Erwerbers auf einem ganz neuen Verpflichtungsgrund beruht (§ 25 HGB).

Auch die Frage der Verjährung der Haftung ist für unseren Fall ausdrücklich anders geregelt (§ 26 HGB).

Man wird vielmehr das Verhältnis zwischen dem Firmenfortführer und dem früheren Inhaber als ein Gesamtschuldverhältnis ansehen müssen, auf das die in den §§ 421–425 BGB enthaltenen Bestimmungen Anwendung finden. Nach § 421 BGB ist jeder einzelne eines Gesamtschuldverhältnisses verpflichtet, die ganze Leistung zu bewirken, während der Gläubiger die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist. Dabei ist es in das Ermessen des Gläubigers gestellt, entweder den früheren Inhaber oder den neuen in Anspruch zu nehmen. Auch ist es ihm freigestellt, von jedem die ganze Leistung oder einen Teil derselben zu verlangen. Dabei bleiben bis zur Erfüllung der ganzen Leistung *beide* Teile verpflichtet. Sie werden aus der Haftung erst befreit nach restloser Erfüllung der geschuldeten Leistung. Hat der Veräußerer die ganze Schuld erfüllt, so wird der Erwerber befreit und umgekehrt. Die gleichen Grundsätze gelten nach § 422 Abs. 1. Satz 2 BGB von der Leistung an Erfüllungsstatt, von der Hinterlegung und der Aufrechnung.

Hinsichtlich der Aufrechnung ist es ganz erklärlich, daß jeder nur eine ihm persönlich zustehende Forderung aufrechnen kann, andernfalls er ja aus fremdem Vermögen zahlen würde.

Dieser kurz skizzierte Rechtszustand deutet unverkennbar darauf hin, daß tatsächlich ein Gesamtschuldverhältnis im Sinne des § 421 BGB und keine Schuldübernahme nach § 414 BGB vorliegt.

Lehmann-Ring spricht sich über diese Frage nicht genauer aus. Nach Cosack[1]) bleibt der Vormann den Geschäftsgläubigern neben dem Nachmann als Gesamtschuldner haftbar. Düringer-Hachenburg[2]) sagt: „Die Haftung des Erwerbers tritt regelmäßig kumulativ zur Haftung des Veräußerers hinzu.... Haften Veräußerer und Erwerber nebeneinander, so sind sie Gesamtschuldner." So auch Goldmann[3]): „Die Haftung des Geschäftserwerbers tritt hinzu zu der fortbestehenden Haftung des bisherigen Geschäftsinhabers. Es tritt ein passives Gesamtschuldverhältnis gemäß § 421 ff BGB ein."

Entgegengesetzter Ansicht ist Staub[4]), indem er ausführt wie folgt: „Durch die Mithaftung des § 25 wird der Übernehmer *nicht* Gesamtschuldner, wie er von vielen bezeichnet wird; denn wo BGB und HGB ein Gesamtschuldverhältnis anordnen wollen, da sagen sie dies ausdrücklich. Aber das Verhältnis hat in den Hauptbeziehungen Ähnlichkeit mit der Gesamtschuld, wie auch eine Anzahl der Sätze von der Schuldübernahme entsprechend auf dasselbe anzuwenden sind.

Darüber, worin der Unterschied liegen soll, spricht sich Staub leider nicht aus.

cc) Der Umfang der Haftung.

Nach § 25 Abs. 1 HGB erstreckt sich die Haftung des Erwerbers auf „alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers".

Aus diesem Wortlaute geht deutlich hervor, daß alle Schulden des früheren Inhabers mit privatem Charakter auszuschalten sind. Zu den Privatschulden würden alle Verpflichtungen zu rechnen sein, die er in seinem Privatleben oder unter seiner Firma für private Zwecke eingegangen ist. Hier-

[1]) Cosack: Seite 103.
[2]) Düringer-Hachenburg: Anm. 20, § 25, Seite 249.
[3]) Goldmann: § 25, Seite 104.
[4]) Staub: Anm. 9, § 25, Seite 175—176.

her gehören beispielsweise Hypothekenzinsen für sein Wohnhaus, Miete für seine Privatwohnung, Löhne für Angestellte seines Privathaushaltes u. s. w.

Bezüglich des Umfanges der Haftung sagt Staub[1]), der Ausdruck „für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten" sei gleichbedeutend mit dem in Abs. 3 § 25 HGB und in den §§ 26, 27 HGB gebrauchten Ausdruck „frühere Geschäftsverbindlichkeit".

Damit entscheidet Staub eine wissenschaftliche Kontraverse über die Umgrenzung des Begriffes „für alle im Betriebe des Handelsgeschäftes begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers" dahingehend, daß für die Umgrenzung ausschlaggebend sein soll der ursächliche Zusammenhang zwischen Geschäft und Verbindlichkeit, wonach sich also der von uns zu definierende Begriff mit dem Begriff „Verbindlichkeit" schlechthin decken würde.

Enger umgrenzt wird der Begriff „für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers" durch die Ansicht, nach der das Zusammentreffen des zeitlichen und des ursächlichen Zusammenhanges ausschlaggebend sein soll. Danach würden für unsern Fall nur die Verbindlichkeiten in Frage kommen, die erst nach der Eröffnung, mithin tatsächlich „im Betriebe" eingegangen worden sind.

Die Entscheidung dieser Frage ist zu treffen auf Grund der eindeutigen Ausdrucksweise des Gesetzes. Es gehören also zu den Verbindlichkeiten, wie sie § 25 HGB verstanden haben will, tatsächlich nur solche, die „im Betriebe", d. h. im Laufe des Geschäftsbetriebes entstanden und durch ihn begründet sind. Somit würde wohl eine Hypothek, aufgenommen zum Zwecke der Geschäftsgründung, oder eine Restschuld der für das Geschäft aufgewendeten Kaufsumme eine Geschäftsverbindlichkeit im weiteren Sinne, aber keine im Sinne des § 25 HGB sein, da sie vor Inbetriebnahme und nicht „im Betriebe" des Handelsgeschäftes eingegangen ist und mithin zum Handelsgeschäft wohl in ursächlichem, nicht aber gleichzeitig zeitlichem Zusammenhange steht.

Des weiteren sei noch darauf hingewiesen, daß die Denkschrift[2]) nicht nur die aus Rechtsgeschäften entstandenen

[1]) Staub: Anm. 11, § 25, Seite 176.
[2]) Denkschrift zum Entwurfe eines HGB bei Adamsohn, Seite 37.

Schulden als Geschäftsschulden bezeichnet haben will, vielmehr auch solche, die aus unerlaubten Handlungen oder anderen juristischen Tatsachen herrühren.

Als Beispiele werden genannt Verpflichtungen infolge von Zuwiderhandlungen gegen die Gewerbeordnung, infolge ungerechtfertigter Bereicherung, Schadenersatz wegen Patentverletzungen u. s. w.

Die Frage nach der Umgrenzung des Begriffes „Geschäftsverbindlichkeit" wirft noch eine Sonderfrage auf. Wir hatten uns auf den Standpunkt der engeren Deutung gestellt und gesehen, daß Geschäftsverbindlichkeiten in unserem Sinne erst mit dem Zeitpunkte der tatsächlichen Inbetriebnahme eines Handelsgeschäfts, nicht schon bei dessen Gründung entstehen. Aus dieser Definition heraus müssen sich nun Konsequenzen für den Fall ergeben, daß der frühere Inhaber ein unter die §§ 2 oder 3 HGB fallendes Unternehmen betrieb. Solange ein solcher Betrieb noch nicht handelsgerichtlich eingetragen ist, liegt noch kein Handelsgeschäft im rechtlichen Sinne vor. Danach kann die Anwendung des § 25 HGB überhaupt erst nach erfolgter Eintragung in Frage kommen und zwar dann auch nur in dem Umfange, daß der Erwerber nur für die Verbindlichkeiten haftet, die nach der Eintragung ins Handelsregister eingegangen worden sind. Dies ergibt sich aus der konsequenten Anwendung der in diesem Abschnitte festgelegten Umgrenzung des Begriffes „Geschäftsverbindlichkeit."

b) Gegenüber den Geschäftsschuldnern.

§ 25 Abs. 1 Satz 2 HGB bestimmt, daß die Geschäftsforderungen bei genehmigter Firmenfortführung den Schuldnern gegenüber als auf den Firmenfortführer übergegangen gelten.

Hier zeigt sich nun ein wesentlicher Unterschied in der Behandlung der Geschäftsforderungen gegenüber derjenigen der Geschäftsschulden. Hing der Übergang der Geschäftsschulden auf den Erwerber lediglich von der Tatsache der Firmenfortführung ab, so erfordert hinsichtlich des Überganges der Geschäftsforderungen, dessen Wirksamwerden noch eine neue, wichtige Voraussetzung: es müssen nämlich der Geschäftsveräußerer oder dessen Erben ihre Einwilligung zur Fortführung der Firma gegeben haben, die ausdrücklich oder auch stillschweigend erteilt werden kann. Allerdings muß

dabei vorausgesetzt werden, daß eine Firma im Rechtssinne vorliegt.

Ein weiterer Unterschied zu der Wirkung der Geschäftsschulden liegt darin, daß hier der Firmenfortführer den Geschäftsschuldnern gegenüber als einziger Gläubiger dasteht. Es wird hier ein einfaches Verhältnis geschaffen.

Nach allem kann von einem gesetzlichen Forderungsübergange nicht die Rede sein. Dürfte man den gesetzlichen Übergang der Geschäftsschulden nicht als Fiktion bezeichnen, so ist hier eine Fiktion des Forderungsüberganges geschaffen. Ihr Zweck besteht darin, im Außenverhältnis eine klare Rechtslage zu Gunsten der Geschäftsschuldner zu schaffen. Ist die Einwilligung des Veräußerers in die Abtretung der Forderungen erteilt, so ist der Erwerber allein den Schuldnern gegenüber als Gläubiger legitimiert, d. h. die Schuldner werden dadurch befreit, daß sie nur an den Gläubiger leisten.

Es ist selbstverständlich, daß sich die angezogenen gesetzlichen Bestimmungen nur auf geschäftliche Forderungen beziehen und daß — wie bereits im dritten Teil Abschn. 3 dieser Arbeit dargetan — auch hier die Vermutungen des § 344 HGB Platz greifen.

Daß aber die Schuldner an den richtigen Gläubiger leisten, kann garantiert werden dadurch, daß sie in den Besitz einer Abtretungsurkunde bezw. einer Anzeige seitens des bisherigen Gläubigers über die Abtretung der Forderungen gesetzt werden. Jedoch können diese rechtlich schwerfälligen Formen ersetzt werden durch eine Anzeige in das Handelsregister und deren Bekanntmachung. Auf Grund der Eintragung wird der Schuldner zweifellos leisten können und frei werden. Der Gläubiger ist dadurch geschützt, daß der Registerrichter nur mit Zustimmung des Geschäftsveräußerers den Firmenübergang eintragen darf[1]). Dann würde es zur Erreichung der zu erzielenden Wirkungen auch genügen, wenn der Erwerber den *Firmenübergang* z. B. durch Rundschreiben bekanntgibt. Nicht genügen würde dagegen eine alleinige Mitteilung des Veräußerers mit dem Inhalte, daß das Geschäft auf einen neuen Inhaber übergegangen sei. Voraussetzung für den Eintritt der zu erwünschenden Wirkung wäre die Anzeige, daß gleichzeitig auch die Forderungen auf den neuen Inhaber übergegangen sind.

---

[1]) Staub: Anm. 16 zu § 25, S. 178.

5. Ein Sonderfall des Erwerbes eines Handelgeschäftes unter Lebenden: Der Erwerb im Konkurse.

Da der Konkurs für alle Beziehungen und Verhältnisse eines Geschäftes von einschneidender Bedeutung zu sein pflegt, soll hier erörtert werden, welchen Einfluß die Eröffnung des Konkurses auf den Fortbestand und die Fortführung der Firma hat.

Zu beantworten sind dabei die Fragen, ob die Firma mit der Eröffnung des Konkurses erlischt, oder ob sie weiterbesteht; für den letzten Fall, ob sie in die Konkursmasse fällt oder nicht und letztens, wer weiterhin über sie zu verfügen hat.

Der Konkurs besteht in dem Verluste des Rechtes, selbständig über sein Vermögen zu verfügen. Dieser kann aber regelmäßig nur als ein vorübergehender angesehen werden. Man wird mithin einem Kaufmann, sofern er gewillt ist, nach Beendigung des Konkurses wieder ein Handelsgeschäft zu betreiben, das ihm an seiner Firma zustehende Persönlichkeitsrecht nicht absprechen können. Es ergibt sich dies mit Notwendigkeit aus dem im ersten Teil zu I dieser Arbeit Gesagten über die Natur des Rechtes an der Firma. Als Persönlichkeitsrecht ist die Firma, der Name des *Kaufmanns*, eben in erster Linie mit seiner Person, nicht so sehr aber mit dem Geschäfte verbunden. Auch sind die Eintragungsbestimmungen des § 32 HGB nur verständlich, wenn der Fortbestand der Firma im Konkursfalle angenommen wird. Darauf weist Lehmann-Ring[1]) ausdrücklich hin.

Im Anschluß an die Feststellung, daß die Firma durch die Konkurseröffnung nicht erlischt, erhebt sich die Frage, ob das Recht an der Firma in die Konkursmasse fällt oder nicht.

Nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 1 der KO umfaßt die Konkursmasse lediglich das gesamte einer *Zwangsvollstreckung* unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm z. Zt. der Eröffnung des Verfahrens gehört. Es ist danach unmöglich — und dies selbst dann, wenn die Firma in der Tat als Vermögensbestandteil angesehen würde — daß die Firma in die Konkursmasse fällt. „Die Firma als solche kann allein nicht übertragen werden, sondern nur zusammen mit dem Geschäft (HGB § 23). Infolgedessen ist auch die

[1]) Lehmann-Ring: 2. Aufl., § 32, Anm. 4.

Firma nicht selbständig der Zwangsvollstreckung ausgesetzt....."[1]) Es ist also auch diese 2. Frage zu verneinen.

Wenn nun aber die Firma dem einer Zwangsvollstreckung unterliegenden Vermögen des Gemeinschuldners, also damit auch der Konkursmasse entzogen ist, kann sie nicht selbständig veräußert werden. Mit dieser von Sehling[2]) vertretenen Meinung deckt sich auch der Standpunkt der meisten Kommentare des HGB.

Staub a. a. O.[3]) sagt: „Daher kann die Bewilligung (d. h. die Zustimmung des Geschäftsinhabers zur Fortführung der Firma: d. Verf.) nicht durch Pfändung ersetzt werden, die Firma kann nicht zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung gemacht werden. Daher kann auch die Bewilligung im Konkurse des Kaufmanns nicht der Konkursverwalter, sondern nur der Gemeinschuldner erteilen. Der Konkursverwalter und der Gemeinschuldner müssen aber bei der Veräußerung zusammenwirken, jener kann nur das Geschäft, dieser nur die Firma veräußern."

Ehrenberg[4]) führt aus: „Da die Einwilligung zur Fortführung der Firma nicht persönlich vom Firmeninhaber abgegeben werden muß, und der Konkursmassenverwalter zum Zwecke der Verwertung der Masse mit Wirksamkeit gegen den Gemeinschuldner auch andere rechtsgeschäftliche Erklärungen abgeben kann als solche, die sich als eine Verfügung über Gegenstände der Konkursmasse darstellen (s. § 134 Z. 2 KO) so kann weder aus § 22 HGB, noch daraus, daß die Firma nicht vom Konkursbeschlage ergriffen wird, gefolgert werden, daß bei Veräußerung des Geschäftes des Gemeinschuldners die Einwilligung zur Fortführung der Firma nur vom Gemeinschuldner selbst und nicht vom Konkursverwalter wirksam erteilt werden kann."

Es sei aber nochmals ausdrücklich betont, daß der Konkursverwalter von der Mitwirkung bei der Firmenübertragung nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann. Denn es könnte der Fall vorliegen, daß die Geschäftsforderungen vom Erwerber nicht übernommen sind. Diese „abweichende Vereinbarung" müßte dann den Geschäftsschuldnern mitgeteilt, oder

---

[1]) Sehling: Deutsches Handelsrecht 1924, S. 46
[2]) Sehling: Deutsches Handelsrecht 1924.
[3]) Staub 12. und 13. Aufl., § 22, S. 168, Anm. 7.
[4]) Ehrenberg: Handbuch des ges. Handelsrechts, 2. Band 1, S. 306.

ihre Eintragung in das Handelsregister beantragt werden. Für diese Eintragung ist aber nur der Konkursverwalter, nicht der Gemeinschuldner zuständig.

Wird die vorgenannte „abweichende Vereinbarung" nicht getroffen für den Fall, daß der Konkursverwalter das Geschäft des Gemeinschuldners mit der Firma veräußert, würde, wie schon im III. Teil dieser Arbeit Absch. IV des weiteren ausgeführt, die Haftung des § 25 Abs. 1 HGB eintreten.

Gilt nun auch in diesem Falle die Haftung des § 25 HGB?

Die Veräußerung des zur Konkursmasse gehörenden Handelsgeschäftes des Gemeinschuldners als Ganzes, ist eine außergewöhnliche Maßnahme, die im Interesse der Konkursgläubiger liegt. Diese schließt jedoch nicht aus, daß von dem Neuerwerber des Geschäftes auch die Geschäftsforderungen des Gemeinschuldners mit übernommen sind. Dabei ist als Gegenleistung für die Übertragung der Geschäftsforderungen auf den Neuerwerber der Kaufpreis anzusehen, der in die Masse fällt. Es unterscheidet sich mithin für die Geschäfts*schuldner* des Gemeinschuldners eine solche Veräußerung im Konkurse nicht von einer normalen Geschäftsveräußerung. Daher auch sind für sie die Bestimmungen des § 25 HGB maßgebend.

Kann es nun aber für einen Konkurs*gläubiger* mit Forderungen, die im Geschäftsbetriebe begründet sind, zweifelhaft erscheinen, daß derjenige, der aus der Konkursmasse ein Handelsgeschäft in seiner Gesamtheit erwirbt und mit der Firma des Gemeinschuldners weiterführt, nicht beabsichtigt, den Konkursgläubigern für den durch den teilweisen Ausfall der Forderungen erlittenen Schaden einzustehen?

Diese Frage ist entschieden zu verneinen.

Zwar hebt der Konkurs den Fortbestand des Geschäftes nicht ohne weiteres auf. Es steht auch der Fortführung desselben rechtlich nichts entgegen. Jedoch wird das Geschäft im Konkurse lediglich als *Vermögensobjekt* veräußert, um eben durch dessen Realisierung die Gläubiger befriedigen zu können, wobei Voraussetzung ist, daß der Gläubigerausschuß, bezw. die Gläubiger-Versammlung diesem Rechtsakte zugestimmt haben (§ 134 KO). Dann aber muß auch jeder einzelne Gläubiger diesen Rechtsakt gegen sich gelten lassen, und er darf teilweise Befriedigung seiner Ansprüche nur aus dem erzielten Kaufpreise verlangen. Welcher Käufer eines aus einer Konkursmasse erworbenen Geschäftes würde gewillt

sein, die Schulden des Gemeinschuldners mit zu übernehmen oder gar billigen, daß sein Geschäft als werbendes Gut für Ansprüche der Konkursgläubiger angesehen wird.

Es liegt hier kein Fall vor, auf den der § 25 Abs. 1 HGB anzuwenden wäre. Weder zwingt dazu der Wortlaut dieser gesetzlichen Bestimmung, noch sprechen die rechtlichen und wirtschaftlichen Gründe des fraglichen Paragraphen für solche Anwendung. In diesem Sinne ist auch die Frage für die Praxis von früher durch das Reichsgericht entschieden worden[1]).

6. Prozessuale Wirkungen beim Erwerbe eines Handelsgeschäftes.

Nach § 17 Abs. 2 HGB kann ein Kaufmann unter seiner Firma klagen und verklagt werden. Voraussetzung dabei ist, daß die im Streit befangene Sache eine im Geschäftsbetriebe begründete Verbindlichkeit oder Forderung ist. Solches ergibt sich aus der Klage. Aus dieser muß auch hervorgehen, ob *nur* die Geschäftsfirma genannt ist oder ob noch nebenher der Inhaber des Geschäftes namhaft gemacht ist. Denn es ist von rechtlicher Bedeutung, daß der Firmeninhaber Prozeßsubjekt ist, und zwar grundsätzlich nur derjenige, der die Klage erhoben hat oder gegen den die Klage erhoben ist.

Für den Fall nämlich, daß das strittige Objekt besteht in einer im Betriebe des Geschäftsveräußerers begründeten *Forderung* und diese während des Prozesses mit übertragen wird, kann der Fortführer der Firma gemäß § 265 Abs. 2 ZPO nur dann den Prozeß als Hauptpartei weiterführen oder eine Hauptintervention erheben, wenn der Prozeßgegner einwilligt. Jedoch steht dem Firmenfortführer auch ohne Genehmigung als Prozeßgegner das Recht zu, dem Prozesse als Nebenintervenient beizutreten, um dadurch aus eigenem rechtlichen Interesse den Prozeßverlauf zu Gunsten des Geschäftsveräußerers beeinflussen zu können (§ 66 ZPO). Das ergehende Urteil aber wirkt auf jeden Fall für oder gegen den Firmenfortführer, denn er ist als Geschäftserwerber „Rechtsnachfolger" im Sinne der ZPO (§ 325 Abs. 1 ZPO). Dagegen entsteht daraus für ihn nicht die rechtliche Weiterung, aus dem Urteile ohne

[1]) RG. Bd. 58, Nr. 166, S. 210.

weiteres Vollstreckung suchen zu können, dazu bedarf es vielmehr erst noch der Erlangung der Vollstreckungsklausel durch Umschreibung auf seinen Namen auf Grund der §§ 727, 730 ZPO. Nach diesen gesetzlichen Bestimmungen kann die Umschreibung erfolgen, wenn die Rechtsnachfolge „beim Gericht offenkundig ist oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird". Falls der Beweis des Geschäftsüberganges auf diese Weise nicht zu erbringen sein sollte, muß der Firmenfortführende nach § 731 ZPO aus dem Urteile erster Instanz auf Erteilung der Zwangsvollstreckungsklausel klagen.

In gleicher Weise erfolgt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel, wenn die klagende Firma erst nach rechtskräftiger Entscheidung des Prozesses auf den Geschäftserwerber übertragen worden, und hierbei die strittige Forderung mit veräußert worden ist.

Der Geschäftsveräußerer aber kann aus dem Urteile nicht mehr vollstrecken. Auf Grund des § 25 Abs. 1 HGB ist seine Legitimierung gegenüber dem Urteilsschuldner ausgeschlossen, da letzterem gegenüber nur noch der neue Inhaber als Gläubiger gilt, es sei denn, daß der Schuldner sich darauf berufen kann, daß die Rechtswirkungen des § 25 Abs. 1 HGB durch geeignete Bekanntmachung ausgeschlossen worden sind (§ 732 ZPO — § 25 Abs. 2 HGB).

Anders gestalten sich die prozessualen Wirkungen, wenn das Streitobjekt eine im Betriebe des Geschäftsveräußerers begründete Verbindlichkeit ist. Dann kann sich der Firmenerwerber an dem Prozesse weder als Hauptpartei, noch als Hauptintervenient beteiligen, selbst nicht mit Zustimmung beider Prozeßparteien. Er kann sich vielmehr am Prozesse nur als unselbständiger Nebenintervenient beteiligen (§§ 66, 67 ZPO). Nach § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB haftet er kumulativ neben dem alten Firmeninhaber, oder ist privativer Schuldübernehmer nach § 414 BGB. Daraus ergibt sich, daß das ergehende Urteil nur gegen den Geschäftsveräußerer, nicht aber auch gegen den Geschäftserwerber wirkt, und daß gegen letzteren eine vollstreckbare Ausfertigung nicht erwirkt werden kann. Der Geschäftserwerber ist eben nicht Rechtsnachfolger. Für den Fall aber, daß der Geschäftsgläubiger gegen den Geschäftserwerber vollstrecken lassen will, muß er einen neuen, selbständigen Prozeß gegen ihn einleiten.

Endlich ist noch der Fall denkbar, daß bei dem Erwerbe eines Handelsgeschäftes eine im Betriebe begründete Verbindlichkeit des Geschäftsveräußerers bereits rechtskräftig geworden ist, und der Erwerber nach § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB für diese Verbindlichkeit haftet. In diesem Falle steht es im Belieben des Klägers, gegen den Geschäftsveräußerer oder den Geschäftserwerber vollstrecken zu lassen, denn beide haften dem Geschäftsgläubiger kumulativ.

Die vollstreckbare Ausfertigung gegen den Geschäftserwerber kann erteilt werden, wenn der Geschäftsübergang und die tatsächliche Firmenfortführung bei dem Gericht offenkundig ist oder von dem Kläger „durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird". (§§ 729 Abs. 2, 730 ZPO). Kann der Beweis in dieser Weise nicht erbracht werden, so muß Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel erhoben werden (§ 731 ZPO). Es wird dann dem Kläger eine weitere vollstreckbare Ausfertigung gegen den Geschäftserwerber erteilt, sodaß nunmehr — wie eben schon erwähnt — der Kläger die Wahl hat, aus dem Urteile auf Grund seiner Vollstreckungsklauseln gegen den Geschäftsveräußerer oder den neuen Firmeninhaber pfänden zu lassen.